

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG
IM VERWALTUNGSPROZESS

Hubert Boos

1969

München 1970

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG

IM VERWALTUNGSPROZESS

Hubert B o o s

1969

**DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG
IM VERWALTUNGSPROZESS**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwigs-Maximilians-Universität
zu München**



vorgelegt von

Hubert Boos

DE RIJSTWILLIGE AWOERDING
IN VERWATUNGSTRESS

Industrie-Dissektion

aus Richtung der Norderstraße

einer hohen landwirtschaftlichen Fakultät der

Industrie-Dissektion-Universität

zu München



Referent: Prof. Dr. jur. Theodor M a u n z

Korreferent: Priv.Doiz.Dr.jur. Ferdinand K o p p

Tag der mündlichen Prüfung: 7.7.1970

INHALT

Einleitung

ERSTER TEIL

Die Entwicklung der einstweiligen Anordnung

I. Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im allgemeinen	6
II. Die Einführung des Instituts der einstweiligen Anordnung in den Verwaltungsprozeß	14
1. Die Entwicklung im allgemeinen Verwaltungsprozeß	15
a) Die positivrechtlichen Vorläufer des Instituts in den Verfahrensordnungen einzelner deutscher Länder	15
b) Die allmähliche Anerkennung des Instituts durch die Rechtsprechung	20
2. Die Entwicklung im besonderen Verwaltungsprozeß	22
a) Sozialgerichtsbarkeit	24
b) Finanzgerichtsbarkeit	26
III. Vergleich mit dem Institut der einstweiligen Anordnung in anderen Verfahrenszweigen	28
1. Zivilgerichtsbarkeit	28
2. Verfassungsgerichtsbarkeit	32
3. Internationale Gerichtsbarkeit	32
4. Strafprozeß und ausländische Verfahrensordnungen	33
Zusammenfassung	34

ZWEITER TEIL

Der verfahrensrechtliche und staatsrechtliche Standort der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß

Vorbemerkung	35
1. Die Problematik der Übernahme der Regelung in der Zivilprozeßordnung	35
2. Skizzierung der einstweiligen Verfügung im Zivilprozeß	36

I. Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß als Verfahrensinstrument	39
1. Die einstweilige Anordnung als Maßnahme der formellen Prozeßleitung	39
2. Die einstweilige Anordnung als Maßnahme der materiellen Prozeßleitung	41
3. Die einstweilige Anordnung als echte richterliche Entscheidung	44
Zusammenfassung	45
II. Die Stellung der Zwischenregelungsbefugnis des Verwaltungsrichters im System der Staatsfunktionen	45
1. Der Stand der Meinungen	46
a) Die einstweilige Anordnung als "materieller Verwaltungsakt"	46
b) Die einstweilige Anordnung als Rechtsprechungsakt ("Ausfluß eigentlicher Gerichtsgewalt")	47
c) Die einstweilige Anordnung als reiner Akt der Rechtsprechung (reine Rechtsanwendung)	49
d) Die einstweilige Anordnung als dem Richter übertragener Exekutivakt	49
2. Stellungnahme	53
a) Die verschiedenen Rechtsprechungsbe- griffe	53
b) Die gesetzliche Ausgestaltung der einst- weiligen Anordnung	55
aa) Die Tatbestandsseite	56
bb) Die Rechtsfolgeseite	59
cc) Die Auswahl der konkreten Maßnahme	61
Zusammenfassung	67
a) Die einstweilige Anordnung als Akt Recht- sprechender Gewalt	67
b) Vereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Gewaltenteilungsprinzip und Auswirkungen im Grundsätzlichen	69

DRITTER TEIL

Der funktionelle Bereich der einstweiligen
Anordnung im System des vorläufigen Rechts-
schutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung

I. Negative Abgrenzung zur Spezialregelung des § 80 VwGO (Suspensiveffekt)	75
1. Funktion des Suspensiveffektes	75
2. Der Inhalt des Suspensiveffektes als Wirk- samkeits- oder Vollziehungshemmung	76
3. Die Problematik des Vollzugsbegriffes	79
Zusammenfassung Der Bereich vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO	81
II. Der positive Anwendungsbereich der einstweili- gen Anordnung	83
1. Nach der Art des begehrten Verwaltungsaktes	83
2. Nach den Klagearten der VwGO	84
III. Grenzfälle der Anwendbarkeit von § 123 oder § 80 VwGO	87
1. Normenkontrolle	87
2. Einstellung laufender Leistungen	94
3. "Faktische Vollziehung"	96
4. Verwaltungsakte mit sogenannter Doppel- und Drittwirkung	100
a) Verwaltungsakte mit adressatbezogener Doppelwirkung	102
b) Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung	105
aa) Rechtsmittel des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis	106
bb) Der vorläufige Rechtsschutz des Nachbarn	107
cc) Der vorläufige Rechtsschutz des Bauherrn	111
Zusammenfassung	114 b

VIERTER TEIL

Grundsätze der Auslegung und Anwendung des
§ 123 VwGO

I. Die Anordnungstatbestände	115
1. Die Sicherungsanordnung des § 123 Abs. I S. 1 VwGO	117
a) Der "Streitgegenstand"	119
b) Recht des Antragstellers	122
2. Die Regelungsanordnung	132
a) Das Rechtsverhältnis	133
b) Die Zustandsregelung	137
3. Die Leistungsanordnung	137
a) Analoge Anwendung der Arrestvorschriften	138
b) Übernahme des gewohnheitsrechtlichen In- stituts der Leistungsanordnung	140
II. Gemeinsame Grundsätze für den Erlaß einstwei- liger Anordnungen	143
1. Der Grundsatz der Vorläufigkeit	144
2. Der Grundsatz der "Notwendigkeit" zur "Abwehr wesentlicher Nachteile"	152
3. Grundsätze der Interessenabwägung	153
a) Vorgehen bei der Prüfung	153
b) Überwiegende Interessen des Antrag- stellers	155
c) Grenzfälle	158
d) Überwiegende öffentliche Interessen	159
III. Inhalt und Mittel der einstweiligen Anordnung	161
1. Beschränkung auf die Entscheidungsmöglich- keiten in der Hauptsache	161
a) Anordnung einer in den materiellen Ver- waltungsgesetzen nicht vorgesehenen Maßnahme	162
b) Erlaß von Verwaltungsakten durch das Gericht selbst	165
c) Einstweilige Anordnungen in Ermessens- sachen vor "Spruchreife"	167
2. Eingriff in den Lebensbereich am Verfahren unbeteiligter Dritter	170
Zusammenfassung	171

FÜNFTER TEIL

I. Das Verfahren beim Erlaß einstweiliger Anordnungen	172
1. Das Vorgehen bei der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Anordnung	172
2. Form der Entscheidung	178
II. Abänderung der einstweiligen Anordnung	180
III. Vollstreckung	181
IV. Rechtsbehelfe	181
V. Schadensersatz	183
Schlußbemerkung	187

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
ACP	Archiv für die Zivilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Ausführungsgesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
amtl.	amtlich
AmtsBIKR	Amtsblatt des Kontrollrats
Amtsbl.	Amtsblatt
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AS	amtliche Sammlung
Aufl. (A.)	Auflage
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
Bay., Bayer.	Bayern, Bayerisch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBauBl.	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BerSlg., BS	Bereinigte Sammlung
Beschl.	Beschluß
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH, BGHZ	Bundesgerichtshof, (Zivilsachen)
BGHSt	Bundesgerichtshof, (Strafsachen)
Breithaupt	Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Sozial- und Arbeitslosenversicherung
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
BritZ	Britische Zone
CGO	Cammer Gerichtsordnung

ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
EPG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Einführungsgesetz
Erg.	Ergebnis
Entw.	Entwurf
ES	Entscheidungssammlung
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
FG	Finanzgericht
FGG	Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
G	Gesetz
GB1.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GoldArch.	Golddammers Archiv für Strafrecht
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GS	Gesetzsammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hamb.	Hamburg
Hann.	Hannover
HdbDtStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Hess.	Hessen
h.L./h.M.	Herrschende Lehre/herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.d.F.	in der Fassung
IGH	Internationaler Gerichtshof
i.e/w.S.	im engeren/weiteren Sinn
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
KRG	Kontrollratsgesetz
Lb.	Lehrbuch
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
L-S	Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund des Art. 113 Abs. 11 der Reichsverfassung, Bd. I-IV, Berlin 1929

LSG	Landessozialgericht
LVG	Landesverwaltungsverordnung
MdR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Meckl.	Mecklenburg
MRVO	Militärregierungsverordnung
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
Nachw.	Nachweis
n.F.	neue Fassung
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.v.	nicht veröffentlicht
OblG	Oberstes Landesgericht
Oest	Oesterreich
Oldbg.	Oldenburg
OLG	Oberlandesgericht
OS	Offizielle Sammlung
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersBefG	Personenbeförderungsgesetz
Pr., Preuß.	Preußen
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RAO	Reichsabgabenordnung
RdNr.	Randnummer
RegBl.	Regierungsblatt
RFH	Reichsfinanzhof
RG, RGZ	Reichsgericht (Zivilsachen)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Reichsgericht (Strafsachen)
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RPfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
RStGH	Reichsstaatsgerichtshof
RuPrVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
Saarl.	Saarland
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
StGBl.	Staatsgesetzblatt
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
stRSpr.	ständige Rechtsprechung
Thüring.	Thüringen
Urt.	Urteil
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVerfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Wü.-Ba.	Württemberg-Baden
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift Beamtenrecht
zit. b. (n.)	zitiert bei (nach)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

LITERATURVERZEICHNIS

- Arndt, Adolf: Ist eine Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz vereinbar ? NJW 57, S. 249.
- Urteilsanmerkung, NJW 58, S. 337.
 - Urteilsanmerkung, NJW 59, S. 1230.
- Bachof, Otto: Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß, NJW 49, S. 328.
- Erwiderung, NJW 49, S. 814.
 - Urteilsanmerkung, NJW 49, S. 838.
 - Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen, 1951 (zitiert: Bachof, Vornahmeklage).
 - Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß, NJW 49, S. 328 f.
 - Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 49, S. 815.
 - Anmerkung zum Beschluß des VGH Mannheim vom 31.3.1949, NJW 49, S. 838 ff.
 - Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band 4 - 12, JZ 62, S. 630 ff.
 - Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStL 18, S. 209 ff.
- Bähr, v. Otto: Der Rechtsstaat, 1864, S. 69 ff.
- Baring, Martin: Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren, ZBR 54, S. 44.
- Urteilsanmerkung, ZBR 55, S. 124.
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, Kurzkomentar, 26. Aufl., München und Berlin 1961.
- Baur, Fritz: Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 55, S. 507.
- Bender, Bernd: Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW 66, S. 1989 ff.
- Bergmann, Friedrich: Corpus iuris iudicarii civilis germanici academicum, Hannover 1819.
- Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bonn 1961.

Bergmann, Wolfgang: Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch. 51, 36 ff.

Bettermann, Karl August: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, Detmold Frankfurt Berlin 1949.

- Der Rechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis nach Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts, NJW 53, S. 761.
- Verwaltungsakt und Richterspruch, in Gedächtnisschrift W. Jellinek, München 1955, S. 361.
- Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Schutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86, S. 129 ff.

Bötticher, Eduard: Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP 51 (1926), S. 201.

Bonner Kommentar, Abraham, Wernicke u.a., Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950.

Braunwart, Franz: Die Geschichte der Verwaltungsrechtspflege in Bayern, Festschrift zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, München 1929.

Buck, Hans Peter: Die prozeßleitenden Verfügungen nach § 146 Abs. II der Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 64, S. 537 ff.

Czermak, Fritz: Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, NJW 61, S. 1905.

- Rechtsfolgen behördlicher Verfahrensfehler im gerichtlichen Vollziehungsaussetzungsverfahren, DÖV 62, S. 816 ff.
- Zum Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung unanfechtbarer Verwaltungsakte, DVBl. 63, S. 23 f.
- Zum gerichtsfreien Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht, JZ 63, S. 276.
- Anmerkung zum Beschluß des OVG Bremen vom 15.5.1963, NJW 64, S. 122.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, DÖV 67, S. 673.

Daumann, Klaus-Dietrich: Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirksamkeitshemmung, Diss.jur. Berlin 1964.

De Clerck, Hans: Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsgerichtsverfahren, NJW 56, S. 1337 ff.

- Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW 61, S. 2233 ff.
- Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 64, S. 152 ff.

Drews-Wacke: Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin Köln München Bonn 1961.

Eichhorn, Egbert: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Würzburger Diss. 1960.

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., 1965.

Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Amtliche Begründung, 1963.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961.

Friedrichs, Karl: Die Besonderheiten des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens im Verhältnis zu den Verfahren, welche über andere Rechtsstreitigkeiten stattfinden, und ihre Berechtigung, VerwArch. 6 (1898), S. 358.

- Verwaltungsrechtspflege (Streit-, Beschluß-, Untersuchungs- und Zwangsverfahren), Bd. I, II, Berlin 1920, 1921.

Fromm, Günter: Nochmals: Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, PersVerk. 63, S. 180 f.

- Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung ? BB 62, S. 985 f.
- Anmerkung zum Beschluß des OVG Lüneburg vom 12.12.1962, DVBl. 63, S. 564 f.

Fuss, Ernst-Werner: Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 59, S. 201.

Gelzer, Konrad: Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht, NJW 58, S. 325 ff.

- Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 59, S. 1905 ff.
- Zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, DÖV 65, S. 793.

Gönner, Nicolaus Thadd.: Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. IV, 2. Aufl., Erlangen 1805.

Göttrup, Hendrik: Demonstrationsverbote und vorläufiger Rechtsschutz, DVBl. 69, 579 ff.

- Gneist, v. Rudolf: Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung oder das System des Selfgovernment in seiner heutigen Gestalt, 1860.
- Verwaltung Justiz Rechtsweg, Berlin 1869 (zitiert: v. Gneist, Rechtsweg).
 - Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879 (zitiert: v. Gneist, Rechtsstaat).
- Gossrau, Eberhard: Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 Grundgesetz vereinbar? NJW 58, S. 929.
- Hagedorn, Manfred: Rechtsmittel gegen amtliche Verkehrszeichen, DÖV 65, S. 186 ff.
- Hamann, Andreas: Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsstreit, NJW 50, S. 891.
- Hamelbeck: Die einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers, ZZP 55 (1930), S. 233.
- Haueisen, Fritz: Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, NJW 53, S. 1165.
- Urteilsanmerkung, NJW 58, S. 2036.
 - Die einstweilige Verfügung im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 59, S. 18.
 - Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes, NJW 63, S. 321.
- Heintze, Reinhard: Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 63, S. 1430 ff.
- Hellwig, Konrad: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912.
- Husen van, Paulus: Die Vorarbeiten für eine bundesrechtliche Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 50, S. 546.
- Jellinek, Georg: System der subjektiv öffentlichen Rechte, Tübingen 1905.
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948.
- Jung, Hans: Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, NJW 61, 159 f.
- Kammer: Ist die Aussetzung der Vollziehung des Widerrufs eines Beamtenverhältnisses zulässig? DVBl. 50, S. 589.
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.

Klein, Friedrich: Die Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. IV des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 67.

- Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl. 50, S. 200, 229.

Klein, Rüdiger: Zum verwaltungsrechtlichen Ermessensbegriff, AöR 82 (1957), S. 75.

Klinger, Hans: Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl., Göttingen 1954.

- Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960.
- Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964.

Knoll, Ernst: Die einstweilige Anordnung, Betrachtungen zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, besonders im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Arbeiterversorgung 61, S. 97.

- Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit des Reichs bei Sozialleistungen, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, Bd. I, S. 87.

Koehler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1960.

Koehler, v. Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart, Berlin 1935.

Kopp, Ferdinand: Vorläufiger Rechtsschutz gegen Anlagen nach § 16 der Gewerbeordnung, GewArch. 1966, S. 247.

- Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsverfahren? BayVBl. 1968, S. 236.
- Der vorläufige Rechtsschutz nach der VwGO, Skriptum für die Arbeitsgemeinschaft der Rechtsreferendare beim Verwaltungsgericht München, nicht veröffentlicht, zit.
- "Skriptum"; Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes, DÖV 67, S. 843.

Krüger, Herbert: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 55, S. 300, 450, 518.

- Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 56, S. 550.
- "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 58, S. 673.

Lamberg, Gisbert: Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW 63, S. 2154 ff.

Lammers, Hans-Heinrich: Urteilsanmerkung, JW 26, S. 376.

Laubinger, Hans Werner: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967.

Lederer, Heino: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz in Frankreich, AöR 81 (1956), S. 449.

Lefringhausen, Eckart: Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung, Bonner Diss. 1961.

Loening, Hellmuth: Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 49, S. 85.

- Loppuch, Siegfried: Die Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten unter Berücksichtigung von wohnungsbehördlicher Verfügung, NJW 51, S. 587 f.
- Anmerkung zu Beschluß des OVG Hamburg, DÖV 65, S. 104.
- Lüke, Gerhard: Zur Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84 (1959), S. 185 ff.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer: Bayerisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1968 (2. Aufl., 1964).
- Mang-Simon: Bayerische Bauordnung, 2. Aufl.
- Mangels, Gerd: Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzuges angefochtener Verwaltungsakte, NJW 61, S. 351 ff.
- Mangoldt, v.-Klein: Das Bonner Grundgesetz, 1. Band, 2. Aufl., Neubearbeitet von Friedrich Klein. Berlin und Frankfurt seit 1957.
- Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957.
- Markett, Theo: Einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung, Erlanger Diss. 1935.
- Martens, Joachim: Streitgegenstand und Urteilsgegenstand der Anfechtungsklage, DÖV 64, S. 365.
- Martin, Rudolph: Einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 56, S. 90.
- Wie lange noch Rechtlosigkeit durch Versagung einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren? NJW 56, S. 1706.
- Masson, Christoph: Verwaltungsakt durch einstweilige Anordnung, BayVBl. 66, S. 376 ff.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, BayVBl. 68, S. 14.
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, Kurzlehrbuch, 17. Aufl., München und Berlin 1969.
- Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Loseblattkommentar, München und Berlin, Stand 1969.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., München und Leipzig 1924.
- Menger, Christian Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III 2 (1959) S. 717.
 - Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 49 (1958) S. 178, 273; 50 (1959) S. 193; 51 (1960) S. 64, 149.

Menger-Erichsen: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 59 (1968), S. 288 ff.; VerwArch. 60 (1969), S. 98 f.; VerwArch. 60 (1969), S. 381 ff.

Merk, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1962.

Merkel, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927.

Miessbach-Ankenbrank: Sozialgerichtsgesetz, 3. Aufl., Wiesbaden und Frankfurt 1960.

Naumann, Richard: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verhandlungen des 38. DJT 1950, Tübingen 1951, Teil D, S. 27, 47, 106.

- Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß. In: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Bd. 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 391 ff., München 1955, (Zitiert: Naumann, Gedächtnisschrift).
- Streitigkeiten des Öffentlichen Rechts. In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts. Herausgegeben von Helmut R. Külz und Richard Naumann, Bd. II, S. 365 ff., Karlsruhe 1963, (Zitiert: Naumann, Jubiläumsschrift).

Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, Köln 1948.

- Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950.

Niedermayer, Herbert: Verwaltungsgerichte am Steuer der hohen Politik, BayVBl. 68, S. 128 f.

Niese, Werner: Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, S. 353.

Nikisch, Arthur: Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.

Obermayer, Klaus: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStL 18, S. 144 ff.

- Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin 1967, S. 875 ff.
- Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1965, 625 ff.

Oertzen, v., Hans-Joachim: Anmerkung zum Beschluß des VGH Mannheim vom 18.4.1961, NJW 62, S. 1172.

- Oppermann, A.: Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover und Gesetz die Übergangsbestimmungen in das neue Prozeßverfahren betreffend, Göttingen 1852.
- Oswald, Detlev: Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 56, S. 236.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 22. Aufl., München und Berlin 1962.
- Penzkofer: Zum Verfahren beim Erlaß einstweiliger Anordnungen, BayVBl. 1964, S. 287 ff.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949.
- Peters-Sautter-Wolff: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Stuttgart 1958.
- Pfeifer, Herbert: Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, Auswirkungen der Unterschiede auf die Wahl des richtigen Rechtsschutzmittels und die Methodik der Urteilsfindung, DVBl. 63, S. 653.
- Pothmann, Walter: Die einstweilige Verfügung als Ersatz einer Verurteilung, Münchener Diss. 1949.
- Protokolle der Kommission zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung für die Norddeutschen Staaten, Bd. I - III, Berlin 1869, 1870.
- Pütz, Alfred: Der Erlass von einstweiligen Verfügungen durch den ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, Hamburger Diss. 1939.
- Quaritsch, Helmut: Der Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß, insbesondere des Verfahrens zur Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten, Diss.jur.Hamburg 1957, (Zitiert: Quaritsch, Diss.).
- Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), S. 210, 342.
- Rambeck, Hans: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 61, 1333.
- Rapp, Maximilian: 100 Jahre Badischer Verwaltungsgerichtshof. In: Staatsbürger und Staatsgewalt. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts. Herausgegeben von Helmut R. Külz und Richard Naumann, Bd. I, S. 1 ff. Karlsruhe 1963, (Zitiert: Rapp, Jubiläumsschrift).
- Redeker, Konrad: Anmerkung zu Beschluß des OVG Münster, DVBl. 64, S. 837.

Redeker-v. Oertzen: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Münster 1960.

Reuss, Hermann: Das Ermessen, Versuch einer Begriffsklärung, DVBl. 53, S. 585.

- Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 54, S. 649.

Robel, M.: Über Rechtsweg und Vorbescheid im Bundesbeamten-gesetz, ZBR 54, S. 100.

Rohmeyer, Hartwig: Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, in: Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 7, Berlin 1967.

- Urteilsanmerkung, DVBl. 68, S. 265 ff.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961.

Ruckdäschel, Oskar: Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 61, S. 675 ff.

Rupp, Hans Heinrich: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl. 58, S. 113 ff.

Sailer, Christian: Sofortige Vollziehung von Verwaltungsakten im überwiegenden Interesse eines Beteiligten, BayVBl. 68, S. 86 ff.

Sandt, van de, Theodor: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Münster 1949.

Sarwey, v. O.: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

Schäfer, Walter: Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl. 62, S. 844 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung, DÖV 1969, S. 332 ff.

Schiedermaier, Rudolf: Der gesetzliche Richter im Verwaltungsprozeß, DÖV 60, S. 6 ff.

Schlegelberger, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl., Köln und Berlin 1956.

Schoen, Paul: Deutsches Verwaltungsrecht, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., München 1914, Bd. 4.

Schröer, Hans Hermann: Die Garage im Bauwuch, ZMR 66, S. 131 f.

- Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, DÖV 66, S. 228 ff.

- Schüle, Adolf: Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932.
- Schuler: Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 59, S. 1801.
- Schunck-De Clerck: Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Kommentar, Siegburg und St. Goar 1952.
- Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Kommentar, Siegburg 1953.
 - Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961.
- Sellmann, Martin: Entwicklung und Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg, Oldenburg 1957.
- Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster vom 1. 7. 1958, DVBl. 59, S. 290.
 - Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVBl. 63, S. 273 ff.
 - Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 64, S. 1545 ff.
- Siegmund-Schultze, Gerhard: Die vorläufige Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte und Art. 19 Abs. 4 GG, Diss. jur. Göttingen 1957.
- Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 63, S. 745 ff.
- Simon, Alfons: Baugenehmigung und sofortiger Vollzug, BayVBl. 66, S. 267.
- Simons, Walter: Nachtrag zu Friesenhahn, Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932, S. 737.
- Spick, Hans: Der vorläufige Rechtsschutz bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, Diss. Köln 1961.
- Stein-Jonas-Schönke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., herausgegeben von Pohle, Tübingen 1956.
- Stern, Jacques: Arrest und einstweilige Verfügungen in der deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1912.
- Thomas-Putzo: Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., München 1968.
- Tipke-Kruse: Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 2. Aufl., Köln 1965.
- Tschira-Schmitt: Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO, BayBgm 1962, 1 ff.

Ule, Carl Hermann: Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, DRiZ 50, S. 225.

- Der Stand des Entwurfs einer Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 54, S. 354 ff.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, in v.Brauchitsch-Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I 2, 2. Aufl., Köln und Berlin 1962.
- Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1961.
- Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes, in: Schriften der Hochschule Speyer, Bd. 40, Berlin 1968.

Wacke, Gerhard: Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 79, 158.

Werder, v.-Labs-Ortmann: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, Kommentar zur VO Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Oldenburg 1949.

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Bd. IV, Teil 2, Berlin 1958.

Wieseler, Willi: Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 54, Berlin 1967.

Wilhelm, Bernhard: Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit?, BayVBl. 65, S. 199 ff.

Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1965, (Zitiert nach Paragraphen).

- Verwaltungsrecht II, (Organisations- und Dienstrecht) München und Berlin 1962, (Zitiert nach Paragraphen).
- Verwaltungsrecht III, (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozeßrecht) München und Berlin 1966, (Zitiert nach Paragraphen).

Zorn, Philipp: Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerArch. 2 (1894), S. 74.

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG IM VERWALTUNGSPROZESS

Einleitung

Je lückenloser die Rechtsschutzgarantien in einem Staate theoretisch sind, desto mehr besteht die Gefahr, daß die praktische Verwirklichung dieses Rechtsschutzes durch äußere Umstände in Frage gestellt wird. So führt insbesondere die meist lange Verfahrensdauer vielfach dazu, daß die richterliche Entscheidung im Zeitpunkt ihres Erlasses durch zwischenzeitliche Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten bereits gegenstandslos ist. Die lange Verfahrensdauer wiederum beruht einerseits auf den Erfordernissen eines rechtsstaatlichen Prozesses, andererseits auf einer Arbeitsüberlastung der Gerichte, die in dem Maße zunehmen wird, in dem allgemein von den Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird.

Es kommt unter diesem Gesichtspunkt der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerade in einem rechtsstaatlich organisierten Gemeinwesen besondere Bedeutung zu, denn die Rechtsweggarantien werden zum Selbstzweck, wenn das materielle Ziel und Ergebnis des justizförmigen Verfahrens - die richterliche Entscheidung - infolge außerprozessualer Ereignisse keine Wirksamkeit mehr entfalten kann.

Dem Bedürfnis nach Sicherung dieser Effektivität trägt nunmehr für den allgemeinen Verwaltungsprozeß § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 Rechnung. Für den besonderen Verwaltungsprozeß enthält § 114 der Finanzgerichtsordnung vom 10. Juni 1965 eine gleichartige Regelung, während das Sozialgerichtsgesetz von 1953 keine generelle Ermächtigung zum Erlaß einstweiliger Anordnungen beinhaltet. Die allgemeine Verweisung des § 202 SGG auf die Vorschriften der ZPO erfaßt gemäß § 198 Abs. II SGG nicht die Vor-

schriften über die einstweilige Verfügung ¹⁾, räumt jedoch dem Gericht in § 97 Abs. II SGG die Befugnis ein, die Vollziehung von Verwaltungsakten einstweilen auszusetzen, mit denen eine laufende Leistung herabgesetzt oder entzogen wird; auch beim Erlaß eines Grundurteils gemäß § 130 SGG und gemäß §§ 180 Abs. VI, 199 Abs. II SGG bei einer Wiederaufnahme des Verfahrens sowie der Aussetzung der Vollstreckung sind schließlich vorläufige Maßnahmen vorgesehen ²⁾.

Der Unterschiedlichkeit der Normierung richterlicher Zwischenregelungsbefugnisse in den einzelnen öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen ist indessen nach dem heutigen Stande der Entwicklung keine zentrale Bedeutung mehr beizumessen.

Ule ³⁾ legte in jüngster Zeit den Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes vor, das die bisherigen öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen in einem Gesetz zusammenfassen soll. Hinsichtlich der Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen übernimmt der Entwurf - abgesehen von einer redaktionellen Änderung des § 123 Abs. V VwGO - in seinem § 150 einheitlich die Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung ⁴⁾. Dem Bedürfnis nach einer Vereinheitlichung der Verfahrens-

1) h.M. - vgl. Peters-Sautter-Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Auflage, § 97, Anm. 10; Miessbach-Ankenbrank, SGG, 3. Auflage, § 198, Anm. 1; LSG Stuttgart, NJW 55, 647; LSG München, NJW 61, 2039; OVG Münster, VRspr. 14, 880 (884); a.M. Haueisen, Die einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 59, 18; ders. in "Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes", NJW 63, 321; Knoll, Die einstweilige Anordnung, Betrachtungen zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, besonders im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Arbeiterversorgung 61, 97; -, die mit Hinweis auf Art. 19 Abs. IV GG auch im sozialgerichtlichen Verfahren generell den Erlaß einstweiliger Verfügungen zulassen wollen;

2) Diese Befugnisse entsprechen etwa denen der §§ 707, 719 ZPO; vgl. Haueisen, Lücken ..., a.a.O., S. 232.

3) Carl-Hermann Ule, Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes - Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 40, Berlin 1968;

4) Vgl. Ule, a.a.O., S. 53 und S. 408 ff..

ordnungen folgend wird im Bundesministerium des Innern bereits ein entsprechender Vorentwurf ausgearbeitet. Die derzeit bestehenden Abweichungen des Sozialgerichtsgesetzes von der Regelung der einstweiligen Anordnung in der Verwaltungsgerichtsordnung und der Finanzgerichtsordnung sollen daher im Rahmen dieser Arbeit nur knapp und hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt behandelt werden, ob sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind.

In gleicher Weise ist der jahrzehntelang geführte Streit um die grundsätzliche Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsprozeß als ausgestanden zu betrachten, der, wie Rohmeyer ⁵⁾ zutreffend bemerkt, im selben Maße unfruchtbarer und unbefriedigender geworden war, in dem sich die Überzeugung von der sachlichen Notwendigkeit eines derartigen Institutes im Verwaltungsprozeß mit der fortschreitenden Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durchgesetzt hatte. Die dabei verwendeten Argumente haben nur noch Bedeutung für die geschichtliche Entwicklung und die theoretische Einordnung des Institutes der einstweiligen Anordnung.

Lehre und Rechtsprechung haben sich in diesem Sinne nunmehr darauf konzentriert, Grundsätze für die praktische Handhabung des Institutes aufzustellen und seine Möglichkeiten und Grenzen festzulegen ⁶⁾. Gleichwohl ist die Problematik dieses Rechtsgebietes noch keineswegs abgeklärt, wie die

5) Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, S. 13;

6) An eingehenden Untersuchungen des vorläufigen Rechtsschutzes sind vor allem zu nennen: Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), 210/342 ff.; Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß in: Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 7, Berlin 1967; Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 54, Berlin 1967; Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin 1967, S. 875 ff.; Rambeck, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 61, 1333 ff.; Ruckdäschel, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 61, 675.

Vielzahl umstrittener Einzelfragen erweist ⁷⁾. Es erscheint deshalb sinnvoll, eine systematische Untersuchung des Instituts der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß insgesamt zu unternehmen.

Die Darstellung geht dabei von einem knappen Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Verwaltungsprozesses und der einstweiligen Anordnung aus und befaßt sich sodann kurz mit der Einordnung des Institutes in das System der Staatsfunktionen, einer Aufgabe, der sich eine Gesamtdarstellung - schon wegen der bis in die neueste Zeit gemachten Versuche, daraus Folgerungen für die Handhabung der einstweiligen Anordnung abzuleiten - nicht entziehen kann.

Anschließend wird der funktionelle Bereich der einstweiligen Anordnung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß erörtert, wobei zunächst eine negative Abgrenzung zur Spezialregelung des § 80 VwGO (Suspensiv-effekt) versucht wird, um dann den Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung nach der Art des begehrten Verwaltungsaktes und nach dem System der Klagearten der Verwaltungsordnung positiv bestimmen und die gewonnenen Ergebnisse auf die streitigen Grenzfälle zwischen § 123 und § 80 VwGO anwenden zu können. Diese betreffen die Möglichkeit und die Art des vorläufigen Rechtsschutzes im Normenkontrollverfahren, bei der Einstellung laufender Leistungen, bei "faktisch vollzogenen" Verwaltungsakten und bei den "janusköpfigen" Verwaltungsakten.

Nachdem so der Bereich der einstweiligen Anordnung im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten festgelegt ist, befaßt sich die weitere Untersuchung mit den einzelnen Anordnungstatbeständen und mit den Grundsätzen für die Auslegung und

7) Es sei hier verwiesen auf die differierenden Meinungen zur Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen in Versetzungs- und allgemein in Ermessensangelegenheiten, zum Erlaß einstweiliger Anordnungen bei den sog. "janusköpfigen" Verwaltungsakten, zur einstweiligen Anordnung in bezug auf politisch relevante Tatbestände und etwa auf die Form der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Anordnung.

Anwendung der Tatbestandsmerkmale des § 123 VwGO, um sodann die Rechtsfolgeseite - Inhalt und Mittel der einstweiligen Anordnung - anhand der dazu entwickelten Regeln zu erörtern.

Abschließend wird das beim Erlaß einstweiliger Anordnungen einzuhaltende Verfahren, die Form der Entscheidung, die Rechtsmittel und die Frage des Schadensersatzes bei ungerechtfertigtem Erlaß oder Nichterlaß einer richterlichen Zwischenregelung kurz dargestellt, um das Bild durch den mit dem Institut unmittelbar zusammenhängenden Fragenkreis zu vervollständigen.

ERSTER TEIL

Entwicklung und Rechtsnatur des Instituts der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß

I. Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im allgemeinen

Zum Verständnis der Entwicklung verwaltungsrichterlicher Zwischenregelungsbefugnisse ist ein kurzer Überblick über die Entwicklung des Verwaltungsprozesses insgesamt notwendig, dessen Funktion im Staatsaufbau bis in neuere Zeit umstritten war. Der Streit um die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen in diesem Verfahrenszweig ist in erster Linie aus diesen Unklarheiten im Grundsätzlichen erklärbar.

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts vollzog sich auch in Deutschland der Wandel vom absoluten Staat des 18. Jahrhunderts zum liberalen oder bürgerlichen Rechtsstaat ¹⁾. Während im absoluten Staat der jeweilige Landesherr sich mit dem Staat identifizierte und unbegrenzte Machtvollkommenheit beanspruchte, setzte sich nun der Gedanke einer Abgrenzung der Rechtssphären von Staat und Bürger mehr und mehr durch. Auf der Grundlage des zu Ende des 18. Jahrhunderts wieder aufkommen- den Naturrechtsdenkens sowie der auf diesen Gedanken aufgebauten Verfassungsurkunde der Vereinigten Staaten von Amerika - mit Grundrechten und Gewaltentrennung - und der Postulate der französischen Revolution wurden die Grundsätze der Gewaltentrennung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in einen rechtssystematischen Zusammenhang gebracht. Die Exekutive wurde so nicht nur substantiell von Gesetzgebung und Rechtsprechung abgegrenzt, sondern auch gegenüber den nun-

1) Zur Begriffsbildung vgl. Merk, Lb., S. 234.

mehr anerkannten Individualrechten in einen festen Rahmen gebracht und beschränkt ²⁾. Im Zuge dieser Entwicklung zeigte sich das Bedürfnis nach Rechtsschutzinstanzen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes, um die Ausübung der anerkannten Individualrechte zu gewährleisten und gegebenenfalls ihre Durchsetzung zu ermöglichen.

Diesem Gedanken trug bereits die Bayerische Konstitution vom 1. Mai 1808 Rechnung, die zum Zwecke der Verwaltungsrechtspflege den sog. Geheimen Rat ins Leben rief ³⁾. Eine ähnliche Regelung galt in Württemberg nach der Verfassungs-urkunde von 1919 ⁴⁾ und in Sachsen nach dem "Durchführungsgesetz das Verfahren in Administrativsachen betreffend" vom 30. Januar 1835 ⁵⁾, während in Oldenburg eine besondere Art von Verwaltungsrechtspflege entstand, die dadurch gekennzeichnet war, daß Verwaltungsbehörden nicht lediglich über öffentlich-rechtliche, sondern auch über gewisse privatrechtliche Angelegenheiten zu entscheiden hatten, wobei das einzuhaltende Verfahren mehr oder weniger justizförmig geregelt war ⁶⁾. Gemeinsam war diesen Erscheinungsformen der "Verwaltungsrechtspflege", daß sie von Verwaltungsbehörden und nicht von unabhängigen Richtern ausgeübt wurden.

Die Tatsache, daß die Verwaltung in gewissem Sinne "in eigener Sache" Recht sprach, wurde jedoch - wenngleich die bloße Existenz von Organen der Verwaltungsrechtspflege schon eine Errungenschaft bedeutete - als so unbefriedigend empfunden, daß § 182 der Reichsverfassung der Paulskirche von 1849 bestimmte: "Die Verwaltungsrechtspflege ⁷⁾ hört auf; über Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte." In diesem Satz manifestiert sich die Hinwendung zur neueren Form des Justiz-

2) Vgl. Forsthoff, Lb., S. 41; Hans J. Wolff, Lb., Bd. I, S. 51.

3) Vgl. Braunwart, Die Geschichte der Verwaltungsrechtspflege in Bayern in: Festschrift zur Feier des 50jährigen Bestehens des Bayerischen VGH, S. 1 ff..

4) vgl. Eichhorn, Diss. S. 1;

5) vgl. dazu Walter Jellinek, Lb., S. 91;

6) Vgl. Sellmann, Entwicklung und Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg, S. 9 ff..

7) im oben dargestellten Sinne verstanden;

staates ⁸⁾, in dem die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten - auch der meisten verwaltungsrechtlichen - ausschließlich Aufgabe der o r d e n t l i c h e n Gerichte sein sollte. Dieses Modell, dessen bedeutendster Wortführer Otto von Bähr war ⁹⁾, wurde in der Folgezeit mehrfach verwirklicht, so in Oldenburg, Braunschweig und namentlich in den Hansestädten ¹⁰⁾, konnte sich jedoch auf die Dauer nicht durchsetzen.

Schon von Bähr selbst ¹¹⁾ räumte ein, daß der Rechtsschutz nicht schlechthin von den Zivilgerichten gewährt werden müsse, sondern auch durch die Schaffung von "Gerichten des öffentlichen Rechts" gewährleistet werden könnte.

Dieser Gedanke wurde vor allem von Rudolf von Gneist ¹²⁾ entwickelt und vertreten. Er ging davon aus, daß die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht durch die Unterordnung der Verwaltung unter die ordentliche Justiz, sondern durch eine dem Zweck des Rechtsschutzes entsprechende Neugestaltung der Verwaltung selbst erreicht werden müsse. Wesentlich sei vor allem die Trennung der höchsten Beschwerdeinstanz von der laufenden Verwaltung ¹³⁾.

Diese Konzeption hatte zunächst bedeutenden Einfluß auf die Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes in Preußen und mittelbar auf die Entwicklung in Deutschland allgemein. In fast allen Ländern wurde in der Folgezeit für den obersten Rechtszug ein mit unabhängigen und hauptberuflichen Verwaltungsrichtern besetztes Verwaltungsgericht geschaffen, während in den unteren Instanzen die Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung in besonderer Besetzung - zum Teil unter Heranziehung ehrenamtlicher Beisitzer - verwaltungsgerichtliche Aufgaben zu übernehmen hatten.

8) vgl. zum Begriff Walter Jellinek, Lb., S. 91 mit Nachweisen;

9) Der Rechtsstaat, 1864, insbes. S. 137 f.;

10) vgl. Eichhorn, Diss. S. 2;

11) a.a.O., S. 69, 70 f.;

12) Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht II, 1860, S. 896 f.; ders. in Der Rechtsstaat, 1872, S. 167 ff.;

13) Der Rechtsstaat, 1872, S. 162 ff..

Den Anfang machte Baden, das durch Gesetz vom 5. Oktober 1863 ein Verwaltungsgericht errichtete; im Jahre 1872 folgte Preußen, indem es zunächst die Kreisausschüsse in der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 als Verwaltungsgerichte ausgestaltete. Durch Gesetz vom 3. Juli 1875 wurde dann ein Oberverwaltungsgericht errichtet. Die übrigen Länder folgten diesem Beispiel in kurzen Abständen nach, so z.B. Hessen durch Gesetz vom 16. Juni 1874 und Gesetz vom 16. Dezember 1876, Bayern durch Gesetz vom 8. August 1878 und Sachsen durch Gesetz vom 19. Juli 1900.

Der Rechtszustand in den deutschen Ländern differierte nach Abschluß dieser Gesetzgebung zwar im einzelnen; Einheitlichkeit bestand aber insofern, als allgemein drei Instanzen vorgesehen waren, von denen nur jeweils die oberste in vollem Umfang den an ein unabhängiges Gericht zu stellenden Anforderungen entsprach ¹⁴⁾.

Zur Ausbildung einer reichseinheitlichen allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit war in der Zeit nach 1871 kein Bedürfnis vorhanden, weil das Reich anfänglich nicht über nennenswerte Verwaltungskompetenzen verfügte ¹⁵⁾. Soweit dies jedoch der Fall war, wurde im Laufe der Zeit eine Anzahl besonderer Behörden mit verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten errichtet; so das Bundesamt für Heimatwesen, das Reichspatentamt, die Reichsrayonkommission, das Aufsichtsamt für Privatversicherung, der Reichsdisziplinarhof und das Reichsversicherungsamt.

Die Weimarer Reichsverfassung vom 14. August 1919 sah in ihrem Art. 107 i.V.m. Art. 31 Abs. II und Art. 166 die Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichtes vor und gab in Art. 14 die Möglichkeit, die Reichskompetenzen auf dem Gebiet der Verwaltung zu vermehren. So kam es zunächst zur Errichtung weiterer Sonderbehörden mit verwaltungsgericht-

14) Vgl. Walter Jellinek, Lb., S. 93 f.; Apelt, Der Instanzenzug der Verwaltung in Reich und Ländern, 1929, S. 193 ff..

15) Vgl. Eichhorn, Diss. S. 3.

lichen Aufgaben, z.B. des Reichswirtschaftsgerichts und des Reichsversorgungsgerichts. Das Reichsverwaltungsgericht wurde indessen erst lange nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten verwirklicht, indem das preußische Oberverwaltungsgericht und verschiedene der angeführten Spezialbehörden durch Erlaß vom 3. April 1941¹⁶⁾ mit Wirkung vom 1. Mai 1941 im Reichsverwaltungsgericht vereinigt wurden. Dies bedeutete zwar einen Fortschritt in organisatorischer Hinsicht, im übrigen jedoch gelang es dem Nationalsozialismus auch auf verwaltungsrechtlichem Gebiet, die rechtsstaatliche Ordnung auszuhöhlen¹⁷⁾.

Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 wurden die noch bestehenden Verwaltungsgerichte im Reich und in den Ländern durch Maßnahmen der Besatzungsmächte zunächst geschlossen¹⁸⁾. Auch das Reichsverwaltungsgericht fand damit bereits sein Ende¹⁹⁾.

Im Zuge der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Zustände wurde jedoch sehr bald nach dem Kriege mit dem organisatorischen Wiederaufbau der Verwaltungsgerichte begonnen²⁰⁾. In den Jahren von 1946 bis 1958 vollzog sich in den einzelnen Bundesländern eine umfassende, gesetzliche Neure-

16) RGBl. I, S. 202;

17) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 1.

18) Gesetz Nr. 2 der Militärregierung - Amtsbl.d.Militär-Reg. Deutschland, Kontrollgebiet der 21. Armeegruppe Nr. 3, S. 4.

19) Der Erlaß vom 3. 4. 1941 wurde durch das Kontrollratsgesetz Nr. 36 vom 10. 10. 1946 (Amtsblatt KR S. 183) in Art. V Ziff. 3 ausdrücklich aufgehoben.

20) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 2.

gelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ²¹⁾.

Durch Art. 96 Abs. I GG war dem Bundesgesetzgeber der Auftrag erteilt, ein oberes Bundesgericht für die (allgemeine) Verwaltungsgerichtsbarkeit zu errichten. Es ergab sich dabei die Frage, ob die Errichtung dieses Gerichts und die Regelung des von ihm anzuwendenden Verfahrens in einem besonderen Gesetz erfolgen sollte oder erst im Zusammenhang mit einer bundeseinheitlichen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt. Der Bundesgesetzgeber entschied sich für die erste Möglichkeit und erließ am 23. September 1952 das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht ²²⁾.

- 21) Vgl. VO Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone vom 15. 9. 1948 (VO-BI. für die britische Zone, S. 263) sowie Art. VII bis IX der VO Nr. 141 über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen in der britischen Zone vom 1. 4. 1948 (VO-BI. für die britische Zone, S. 111).
Die Gesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
1. in Baden-Württemberg vom 12. 5. 1958 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg, S. 131)
 2. in Bayern vom 25. 9. 1946 (Gesetz- und Verordnungsblatt, S. 258)
 3. in Bremen vom 5. 8. 1947 (Gesetzblatt, S. 171)
 4. in Hessen vom 31. 10. 1946 (Gesetz- und Verordnungsblatt, S. 194), neugefaßt am 30. 6. 1949 (Gesetz- und Verwaltungsblatt, S. 137)
 5. in Berlin das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. 1. 1951 (Verordnungsblatt für Berlin I, S. 46), neugefaßt durch Gesetz vom 3. 12. 1956 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, S. 1143) und durch Gesetz vom 19. 6. 1958 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, S. 549)
 6. in Rheinland-Pfalz das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 14. 4. 1950 (Gesetz- und Verordnungsblatt, S. 103), neugefaßt durch das Erste Änderungsgesetz vom 12. 2. 1954 (Gesetz- und Verordnungsblatt, S. 21)
 7. im Saarland das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 10. 7. 1951 (Amtsblatt des Saarlandes, S. 1075), neugefaßt durch Gesetz vom 16. 3. 1953 (Amtsblatt des Saarlandes, S. 185), vom 22. 2. 1956 (Amtsblatt des Saarlandes, S. 309) und vom 11. 12. 1956 (Amtsblatt des Saarlandes, S. 1657).

Vgl. dazu auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 3, mit weiteren Literaturnachweisen.

- 22) BGBI. I, S. 625.

Die bundeseinheitliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit - wofür dem Bund gemäß Art. 74 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebung zusteht - wurde allerdings durch den Erlaß dieses Gesetzes eher gehemmt als gefördert. Seit dem Herbst 1949 beschäftigte sich die Vereinigung der Präsidenten der Verwaltungsgerichte im Bundesgebiet und die Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Länder mit dieser Frage. Wenngleich die Präsidentenvereinigung einen eigenen Entwurf aufstellte, wurde dieser mit der Arbeitsgemeinschaft der Länderinnenminister so in allen Einzelheiten abgestimmt, daß es 1951 zur Feststellung eines gemeinsamen Entwurfes kam ²³⁾. Auf dieser Grundlage erarbeitete das Bundesministerium des Innern im Laufe des Jahres 1952 einen Entwurf, der im Dezember 1952 die Billigung der Bundesregierung fand. Diese Regierungsvorlage wurde dem 1. Bundestag am 15. April 1953 zum ersten Mal vorgelegt ²⁴⁾. Es wurde aber weder dieser Entwurf vom 1. Bundestag noch der im wesentlichen inhaltsgleiche zweite Entwurf ²⁵⁾ vom 2. Bundestag verabschiedet. Erst der - unveränderte - dritte Regierungsentwurf durchlief das gesamte Gesetzgebungsverfahren, so daß das Gesetz am 21. Januar 1960 ausgefertigt und verkündet werden konnte ²⁶⁾. Die Verwaltungsgerichtsordnung trat am 1. April 1960 in Kraft (§ 195 Abs. I VwGO) und bildet seither die einheitliche Rechtsgrundlage der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik. Der o r g a n i s a t o r i s c h e Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Aufgabe unabhängiger, von den Verwaltungsbehörden getrennter Gerichte war damit abgeschlossen; die Stellung der Verwaltungsgerichte wird in diesem Sinne von § 1 VwGO ausdrücklich bestätigt.

23) Vgl. dazu Beilage zu Heft 18/1951 des DVBl..

24) Drucksache 4278, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode 1949.

25) Drucksache 462, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953; dazu Ule, Der Stand des Entwurfs einer Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1954, 354 ff.;

26) BGBI. I, S. 17.

Mit der Festlegung des Standorts der Verwaltungsgerichte war jedoch noch nicht endgültig der Streit um das Wesen und den Inhalt der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes aus der Welt geschafft. Nachwirkungen der im 19. Jahrhundert wohl herrschenden theoretischen Richtung sind bis heute zu erkennen. Diese zählte im Sinne Rudolf von Gneists ²⁷⁾ die als "Verwaltungsrechtspflege" bezeichnete Tätigkeit der Verwaltungsgerichte der "aktiven" Verwaltung zu. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde hiernach von Behörden ausgeübt, die funktionell der Exekutive angehörten und lediglich "wie ein Gericht" handelten. Aufgabe der Verwaltungsgerichte war nach dieser Ansicht nicht der Rechtsschutz des Einzelnen, sondern nur die justizförmige Kontrolle der Verwaltung, um deren Gesetzmäßigkeit zu gewährleisten und zu wahren. Nicht das Individualinteresse, sondern das Allgemeininteresse war Zweck und Richtschnur der Verwaltungsgerichtsbarkeit ²⁸⁾.

Die andere Hauptrichtung der vertretenen Auffassungen ²⁹⁾ sah schon damals das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit darin, daß der Staat durch Verwaltungsgerichte, die von der Verwaltung getrennt sind, dem Bürger gegen die Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte Rechtsschutz gewähre.

Es wurde wiederholt versucht, diese Theorien zu kombinieren und zu einem einheitlichen System zu entwickeln, das sowohl die Aufrechterhaltung der für die Verwaltung maßgebenden Grundsätze und des objektiven Rechts, wie auch den Schutz der subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber Eingriffen

27) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen bes. S. 171 - 190; vgl. auch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 133; Otto Mueller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens, S. 11 ff., 27 f., 39; Karl Friedrichs, Die Verwaltungsrechtspflege I, S. 3 ff.; Paul Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 4, S. 193 - 317; Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch. 2 (1894), S. 74 - 147;

28) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 5; Eichhorn, Diss. S. 4.

29) vgl. Otto v. Sarvey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 73 ff. (79);

der Verwaltung beinhaltete. Dies ist jedoch nicht in überzeugender Weise gelungen.

Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes jedenfalls ist eine Deutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als objektive Rechtskontrolle innerhalb der Verwaltung ausgeschlossen. Die im Grundgesetz vorausgesetzte Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht mehr Bestandteil der Verwaltung, sondern der Rechtsprechung. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 92 GG, wonach ausschließlich Gerichte die rechtsprechende Gewalt ausüben - Verwaltungsbehörden somit keine richterlichen Befugnisse haben können ³⁰⁾ -, zum anderen daraus, daß die persönlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit allen Richtern, also auch den Verwaltungsrichtern, zukommen (Art. 97 GG). Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG und die Möglichkeit der Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte als Gerichte im funktionellen Sinne (Art. 96, 96 a GG) vervollständigen das Bild.

II. Die Einführung des Instituts der einstweiligen Anordnung in den Verwaltungsprozeß

Entsprechend dem "schwankenden Bild" der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Geschichte war auch das Institut der einstweiligen Anordnung in diesem Verfahrenszweig - je nach dem grundsätzlichen Ausgangspunkt in bezug auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit als solche - Gegenstand vielfältigen Meinungsstreites. Die Vorläufer der einstweiligen Anordnung in früheren Verfahrensordnungen sind nur aus der jeweils zugrunde liegenden Konzeption des Verwaltungsrechtsschutzes insgesamt verständlich und bieten daher für die Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO nur bedingt Anhaltspunkte. Gleichwohl erscheint ein Überblick über die Einführung des

30) vgl. Schiedermaier, DÖV 1960, 6 ff. (9);

Institutes in den Verwaltungsprozeß erforderlich, um den Mißverständnissen begegnen zu können, die durch die unbeachtete Übernahme von Faustregeln entstanden sind, die der heutigen Konzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit im allgemeinen und der einstweiligen Anordnung im besonderen nicht mehr gerecht werden.

1. Die Entwicklung im allgemeinen Verwaltungsprozeß

a) Die positivrechtlichen Vorläufer des Instituts in den Verfahrensordnungen einzelner deutscher Länder

Das erste Beispiel vorläufigen Rechtsschutzes durch Gewährung eines der heutigen einstweiligen Anordnung nahekommenden Rechtsinstitutes findet sich in Württemberg. Hier wurde in Art. 10 Ziff. 20 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 ³¹⁾ der Behörde (gemeint sind die Kreisregierungen, die als erstinstanzliche Rechtsmittelbehörden verwaltungsgerichtliche Aufgaben wahrnahmen) im Falle eines Streites über öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten zur Wegeunterhaltung die Befugnis zum Erlaß "vorläufiger Verfügungen" eingeräumt. Im Jahre 1879 erhielt dann der Verwaltungsgerichtshof von Württemberg - ein "echtes" Gericht im heutigen Sinne - dieselbe Ermächtigung, allerdings zunächst gegenständlich beschränkt auf Zwangsvollstreckungen aus öffentlich-rechtlichen Ansprüchen ³²⁾.

Diesem Beispiel folgten nur das Herzogtum Sachsen-Coburg-

31) RegBl. 1876, S. 485;

32) Art. 6 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche vom 18. 3. 1879, RegBl. S. 202, i.d.F. des Gesetzes vom 20. 7. 1921, RegBl. S. 357, und des Gesetzes vom 6. 9. 1927, RegBl. S. 291 sowie der VO vom 26. 3. 1924, RegBl. S. 173 i.V.m. § 943 ZPO und dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. 12. 1876, RegBl. S. 485 mit mehreren Änderungen, abgedruckt bei Gerber "Verfassungsrechtliche Landesgesetze und Verordnungen Württembergs" (1933), S. 262.

Gotha ³³⁾, die Großherzogtümer Oldenburg ³⁴⁾ und Hessen ³⁵⁾ - wo sich die Tatbestände eng an die ZPO anlehnten - sowie das Fürstentum Schwarzburg-Sonderhausen ³⁶⁾.

Freilich war die Einführung des Institutes der einstweiligen Anordnung in diesen Ländern nur ein Ersatz für den hier fehlenden Suspensiveffekt.

Die übrigen deutschen Länder hielten unter dem Einfluß der beiden größten Staaten Preußen ³⁷⁾ und Bayern ³⁸⁾ den dort gegebenen Suspensiveffekt für einen ausreichenden vorläufigen Rechtsschutz.

Diese Auffassung resultierte vor allem aus der Tatsache, daß die deutsche Wissenschaft und Praxis vom allgemeinen Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts weithin den Blick für alle Seiten des Verwaltungsrechts, die nicht als hoheitliche Eingriffsverwaltung zu begreifen waren, auch unter dem Gesichtspunkt des vorläufigen Rechtsschutzes verloren hatte ³⁹⁾. Im Rahmen der Kontrolle hoheitlicher Eingriffsverwaltung jedoch galt und gilt noch heute weitgehend mit dem Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von

-
- 33) Verwaltungsgerichtsgesetz vom 4. 11. 1899, GS. S. 583;
34) §§ 62 ff. des Gesetzes für das Großherzogtum Oldenburg, betreffend die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. 5. 1906, GBl. Bd. 35, 693 ff.; hierzu auch eingehend Martin Sellmann, Entwicklung und Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg, Oldenburg 1957, S. 62;
35) Art. 69 des Gesetzes betreffend die Verwaltungsrechtspflege vom 8. 7. 1911, RegBl. S. 265;
36) § 45 des Gesetzes, betreffend das Verfahren vor den Bezirksverwaltungsgerichten und dem Landesverwaltungsgericht vom 12. 10. 1912, GS S. 727.
37) Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883, GS S. 195;
38) Art. 13 Abs. I Ziff. 2 des Gesetzes betreffend die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungssachen vom 8. 8. 1878, GVBl. S. 369 - verbot ausdrücklich den Erlaß von "Provisorien"; ebenso in Sachsen nach § 75 Abs. I Ziff. 6 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. 7. 1900, GVBl. S. 486;
39) Vgl. Wolff, H.J., Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 50; Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung m.w.Nachw..

Rechtsmitteln eine Sonderregelung ⁴⁰⁾, mit der die für die Dauer der Rechtshängigkeit auftretenden Probleme zu lösen sind. Solange man in diesem Sinne im Verwaltungsprozeß nur die Kontrolle hoheitlicher Eingriffsverwaltung sah, fehlte schon das Bedürfnis nach der Gewährung weiterer - gerichtlicher - Interimsbefugnisse ⁴¹⁾.

Dies gilt um so mehr, als in einer Reihe deutscher Staaten den Verwaltungsbehörden generell die Befugnis eingeräumt war, mit eigenen Zwischenregelungen die Verhältnisse einstweilen zu gestalten ⁴²⁾. So gab es in diesen Ländern keine verwaltungsgerichtlichen Interimsbefugnisse im Sinne der heutigen Dogmatik: In Bayern schon deshalb nicht, weil Art. 24 des Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1878 ⁴³⁾ - aus dem von manchen Autoren eine Befugnis zum Erlaß gerichtlicher Zwischenregelungen entnommen wurde - seinem Wortlaut nach diese Befugnis nur "den Behörden der aktiven Verwaltung" gewährte ⁴⁴⁾. In Preußen war zwar in mehreren Einzelbestimmungen eine Ermächtigung zu Zwischenregelungen ausgespro-

40) § 80 VwGO ist lex specialis zu § 123 VwGO (Abs. V); vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123 Anm. 2 ff.; Quaritsch, a.a.O. S. 219 ff. (221); Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 51 (1960), 149 (162);

41) So VGH Baden-Württemberg, NJW 49, 838; Knoll, Einstweilige Anordnung, a.a.O., S. 98, 100.

42) So in Bayern, Württemberg, Preußen, Thüringen, Sachsen und schließlich auch auf Reichsebene; vgl. dazu die eingehende Darstellung der Rechtslage in den einzelnen Bereichen bei Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, S. 50 f. zu Fußn. 115.

43) GVBl. S. 369;

44) Die Regelungsbefugnis der Verwaltung erhielt sich in Bayern auch noch unter der Geltung des Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1946, so daß hier allenfalls ein Bedürfnis nach richterlicher Nachprüfung, nicht aber an vorläufigen Regelungen durch das Gericht selbst bestand; vgl. in diesem Zusammenhang neuerdings Kopp, Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsverfahren? BayVBl. 68, 236, der nun aus der Regelung des § 123 VwGO einen Analogieschluß auf die Zulässigkeit einstweiliger Regelungen im **V e r w a l t u n g s v e r - f a h r e n** ziehen will.

chen ⁴⁵⁾, es handelte sich aber bei den unteren Instanzen der sog. Verwaltungsgerichtsbarkeit - wie dargelegt - nicht um Gerichte im Sinne unabhängiger, von der Verwaltung getrennter Organe der "Rechtsprechenden Gewalt", so daß die Entscheidungen zwangsläufig solche von Verwaltungsbehörden waren, während die Oberinstanz - ein Gericht im eigentlichen Sinne - keine einstweiligen Anordnungen erlassen konnte. Daran ändert die - rechtspolitisch bedeutsame - Tatsache nichts, daß in Preußen auch die unteren Instanzen nicht als integrierte Glieder der aktiven Verwaltung, sondern als besondere Spruchkörper in Form der Kreis- bzw. Bezirksausschüsse ausgestaltet waren ⁴⁶⁾.

Das uneinheitliche Bild des vorläufigen Rechtsschutzes in den deutschen Ländern wandelte sich auch in der Folgezeit bis zum Jahre 1945 nicht entscheidend. Vorläufiger Rechtsschutz wurde in manchen Ländern durch den automatisch wirkenden Suspensiveffekt, in anderen durch die Befugnis der Gerichte bzw. der Organe der Verwaltungsrechtspflege zu vorläufigen Maßnahmen gewährt.

In den letztgenannten Fällen war aber die Einführung des Instituts der einstweiligen Anordnung nicht - wie vielfach behauptet ⁴⁷⁾ - das beispielgebende Vorbild für die Schaffung eines l ü c k e n l o s e n vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß, sondern lediglich der Ersatz

45) beispielsweise §§ 9 II, 26 II, 126 II, 149 Ziff. 2 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. 8. 1883 (GS S. 237); § 21 des Gesetzes betr. Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften vom 6. 7. 1875 (GS S. 416); § 11 des Gesetzes vom 25. 8. 1876 (GS S. 405); § 93 S. 3 des Wassergesetzes vom 7. 4. 1913; etc. vgl. dazu Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, Bd. II, S. 1075 ff.; Knoll, a.a.O., Einstweilige Anordnung, a.a.O., S. 98;

46) Vgl. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, Bd. I, S. 1 f..

47) vgl. Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, S. 163 f.; Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960) 211; Knoll, Die einstweilige Anordnung ..., Die Arbeiterversorgung 1961, 98; Klein, Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen, DVBl. 50, 200, 202 f.;

für den Mangel des automatisch wirkenden Suspensiveffektes⁴⁸⁾. Der rechtsschutzsuchende Bürger war indessen bei dieser Gestaltung keineswegs besser gestellt als unter der Geltung des Suspensiveffektes. Während dieser nämlich automatisch eingriff, war der Erlaß einstweiliger Anordnungen an gewisse Voraussetzungen gebunden, für deren Vorliegen der Antragsteller die Beweis- bzw. Feststellungslast trug⁴⁹⁾.

Als einzige richterliche Zwischenregelungsbefugnis, die in einer älteren Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Bürger neben dem allgemeinen Suspensiveffekt selbständigen Rechtsschutz gewährte, bleibt § 62 des Oldenburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetzes von 1906⁵⁰⁾ zu erwähnen, das diese Ermächtigung nicht nur den unteren Instanzen der "Verwaltungsrechtspflege"⁵¹⁾, sondern auch dem Oldenburgischen Obergerverwaltungsgericht gewährte, das als echtes Gericht mit persönlich und sachlich unabhängigen Richtern zu gelten hat⁵²⁾.

Zusammenfassend läßt sich für die Rechtslage bis 1945 sagen, daß das Institut der einstweiligen Anordnung - trotz vereinzelter Regelungen in manchen Ländern - als **z u s ä t z l i c h e s** Instrument des vorläufigen Rechtsschutzes neben dem Suspensiveffekt nicht tatsächlich eingeführt wurde, geschweige denn sich durchgesetzt hätte.

48) Vgl. Rohmeyer, a.a.O. S. 53.

49) Amtl. Begründung zu § 122 des VWGO-Entwurfes vom 9. 12. 1952 (BT-Drucksache, I. Wahlperiode, Nr. 4278, S. 46; Hamann, Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsstreit, NJW 50, 891 (892).

50) §§ 62, 59 des Gesetzes betreffend die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. 5. 1906 (GBl. Bd. 35, 693); dazu Sellmann, Entwicklung und Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg, S. 62; Eichhorn, Diss. S. 1 f.; Kammer, Kurzbeitrag, DVBl. 1950, 589;

51) vgl. §§ 7, 9 des Oldbg. VGG;

52) Vgl. § 2 Oldbg. VGG.

b) Die allmähliche Anerkennung des Instituts durch die Rechtsprechung

Auch nach 1945 konnte sich zunächst keine einheitliche Auffassung auf dem Gebiete des vorläufigen Rechtsschutzes herausbilden. Da eine bundeseinheitliche Regelung erst im Jahre 1960 zustande kam, blieb bis dahin die föderalistische Aufspaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen ⁵³⁾. Sie äußerte sich auch in den unterschiedlichen Regelungen hinsichtlich der einstweiligen Anordnung in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder, die in diesem Zeitraum erlassen wurden.

Die Betrachtung beschränkt sich hier auf die Länder der Bundesrepublik, da in der DDR zwar nach Kriegsende die alten Verwaltungsgerichte der Länder wieder eingesetzt worden waren, nach Auflösung der mitteldeutschen Länder selbst jedoch durch rein innerdienstliche Weisung aufgehoben und durch die "Volkskontrolle" der Verwaltung ersetzt wurden, die von anderen Organen ausgeübt wird ⁵⁴⁾. Es fehlt daher an einer Verwaltungsgerichtsbarkeit als Anknüpfungspunkt für die Erörterung gerichtlicher Zwischenregelungen überhaupt.

In den Verwaltungsgerichtsgesetzen der westdeutschen Länder fand die einstweilige Anordnung ihre gesetzliche Anerkennung nur in § 64 des Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz ⁵⁵⁾ und in § 30 des Ge-

53) Pointierte Kritik an der föderalistischen Zersplitterung im Verfahrensrecht übt Quaritsch, a.a.O., S. 210.

54) Vgl. dazu Baring, Verwaltungsrechtsschutz in: Recht in Ost und West, 1958, 45 f..

55) vom 14. 4. 1950 (GVBl. S. 103) dazu z.B.: Schunck-De Clerck, Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Anm. zu § 64; LVG Koblenz, Beschl. v. 19. 1. 1953; DÖV 53, 643; OVG Koblenz, Beschl. v. 12. 9. 1953, DÖV 54, 733, Nr. 278; Beschl. v. 18. 10. 1953, amtl. Sammlung 1, 400; Beschl. v. 27. 7. 1956, amtl. Sammlung 5, 189 (mit eingehenden Nachweisen); ferner die Beschl. v. 18. 4. 1957, amtl. Sammlung 5, 412; v. 19. 1. 1958, amtl. Sammlung 6, 386 (387); v. 31. 5. 1958, VerwRspr. 11, 879;

setzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 ⁵⁶⁾, wo es allerdings nur in solchen Sachen Anwendung fand, die vor dem Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz entschieden wurden ⁵⁷⁾. In den übrigen Ländergesetzen war die einstweilige Anordnung nicht eigens geregelt. Dies führte zur Entstehung einer Vielzahl verschiedenster Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung, die von der ausnahmslosen Ablehnung ihrer Anwendbarkeit im Verwaltungsprozeß ⁵⁸⁾ bis zu ihrer vorbehaltlosen Bejahung reichten ⁵⁹⁾. Die herrschende Meinung - soweit davon überhaupt gesprochen werden kann - verneinte regelmäßig die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Anfechtungsverfahren, weil dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen durch den nunmehr fast durchwegs anerkannten Suspensiveffekt Genüge getan sei ⁶⁰⁾, während in öffentlich-rechtlichen Parteistreitigkeiten und Verpflichtungssachen die einstweilige Anordnung einerseits mit Hinweis auf den subsidiären Rechtsweg nach Art. 19 Abs. IV GG ⁶¹⁾, andererseits aufgrund entsprechen-

56) BGBI. I, S. 625;

57) Vgl. dazu beispielsweise: Ule, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, § 30; BVerwG E 4, 151 = JZ 57, 723 m. Anm. v. De Clerck und BVerwG, NJW 58, 194 mit Anm. Danckelmann; noch unentschieden in BVerwG E 1, 45, und BVerwG, DÖV 55, 697; anderer Meinung: Schunck-De Clerck, BVerwGG, § 30.

58) VGH München, VerwRspr. 1, 121 und DÖV 52, 315, Nr. 126; der 2. Sen. des OVG Hamburg, DVBl. 54, 787 und MDR 56, 58; van de Sandt, § 51, MRVO Nr. 165, Anm. 6; von Werder-Labs-Ortmann, § 51, MRVO Nr. 165, Anm. III; Anfangs standen einer einstweiligen Anordnung noch ablehnend gegenüber: VGH Kassel, zit. bei Bachof, NJW 49, 839; OVG Lüneburg, MDR 52, 249, sowie das OVG Münster, HRR 51, Nr. 68 und ZMR 51, 191;

59) VGH Mannheim, NJW 49, 838; Klinger, § 51, MRVO Nr. 165, Anm. B 9; Eyermann-Fröhler, Anhang zu § 51 VGG, Anm. I 2; Martin, NJW 56, 90 und NJW 56, 1706.

60) vgl. z.B. OVG Münster, ZBR 55, 124 m. zust. Anm. v. Baring; OVG Münster, ZBR 55, 282 und DVBl. 57, 252, sowie schließlich für allg. Zulässigkeit, soweit nicht § 51 MRVO Nr. 165 eine Sonderregelung für Anfechtungssachen geschaffen hatte - OVG Münster, DÖV 57, 727 und NJW 58, 1555; ähnlich BayVGH, BayVBl. 56, 187; Bettermann, NJW 53, 763; Robel, ZBR 54, 100; Baring, ZBR 54, 44 (48); Buri, DÖV 57, 100 (102 f.);

61) vgl. OVG Lüneburg, VerwRspr. 9, 881 und NJW 59, 1196 (1197); OVG Münster, NJW 58, 2036 m. w. Nachw.; Naumann, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 391 ff. (404, Anm. 56); Eichhorn, Diss. S. 131 ff.;

der Auslegung positivrechtlicher Vorschriften in den einzelnen Verwaltungsgerichtsgesetzen ⁶²⁾ nach und nach für anwendbar erklärt wurde, weil in diesen Klagearten ansonsten kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet sei. Die Auseinandersetzung erhielt schließlich einen weiteren Impuls durch die Neuregelung des Beamtenrechts. Die Beamten wurden nämlich durch § 172 des Bundesbeamtengesetzes von 1953 und § 126 des Beamtenrechtsrahmengesetzes mit allen Ansprüchen gegen den Dienstherrn - auch mit Versorgungsansprüchen - auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen. Nachdem in der vorher zuständigen Zivilgerichtsbarkeit die vorläufige Regelung der Unterhaltsbezüge durch einstweilige Verfügung erfolgen konnte, erhob sich nunmehr die Frage, ob diese Änderung den Verlust der ehemals bestehenden Rechtsschutzmöglichkeit zur Folge haben sollte. Die Frage wurde verneint und lieferte ein weiteres Argument für die Zulassung der einstweiligen Anordnung für all die Fälle, in denen sie die Verwaltungsgerichtsordnung heute ausdrücklich vorsieht ⁶³⁾.

2. Die Entwicklung im besonderen Verwaltungsprozeß

Von der Vielzahl der Rechtspflegeorgane auf dem Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts haben sich bis heute nur die

62) im Bereich der amerikanischen Besatzungszone der §§ 34 VGG i.V.m. 935 ff. ZPO, vgl. etwa VGH Mannheim, NJW 49, 838 und VerwRspr. 11, 758; Eyermann-Fröhler, Anh. zu § 51 VGG, Anm. I 2; - im Bereich der französischen Zone der §§ 41 saarl. VGG i.V.m. 935 ff. ZPO, vgl. OVG Saarlouis, DÖV 58, 423; - in der britischen Zone in analoger Anwendung der §§ 935 ff. ZPO, vgl. etwa OVG Münster, DÖV 56, 412 (413) und NJW 58, 1555 - oder in analoger Anwendung des § 30 BVerwGG, vgl. OVG Münster, ZBR 55, 124 (126);

63) Vgl. etwa OVG Münster, BB 57, 950; NJW 58, 2036 mit Anm. Haueisen = DVBl. 59, 289 mit Anm. Sellmann (290), OVG Lüneburg 11, 503; NJW 59, 1196; NJW 1960, 1879; LVG Düsseldorf, BBauBl. 56, 660; auch BayVGH, BayVBl. 56, 187; E 11, 93; VerwRspr. 10, 1018; VerwRspr. 12, 889; daher unzutreffend Quaritsch, a.a.O., S. 212, wonach die bayer. Gerichte einstweilige Anordnungen im Verwaltungsprozeß bis zuletzt für unzulässig gehalten haben sollen.

Sozialgerichtsbarkeit und die Finanzgerichtsbarkeit als selbständige Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit erhalten. Nachdem diese vor 1945 von einer Reihe verschiedener Sonderverwaltungsgerichte, wie z.B. auf Reichsebene der Reichsrayonkommission ⁶⁴⁾, den Seeämtern und dem Oberseeamt ⁶⁵⁾, dem Aufsichtsamt für Privatversicherung ⁶⁶⁾, dem Reichswirtschaftsgericht ⁶⁷⁾, dem Reichsfinanzhof ⁶⁸⁾ und dem Reichsversorgungsgericht ⁶⁹⁾ ausgeübt worden war, wurden diese Aufgaben nach Erlaß des Grundgesetzes gemäß der enumerativen Aufzählung der oberen Bundesgerichte in Art. 96 GG vom Bundesverwaltungsgericht einerseits, dem Bundessozialgericht und dem Bundesfinanzhof andererseits übernommen ⁷⁰⁾. Grundlage der heutigen besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit sind daher lediglich das Sozialgerichtsgesetz vom Jahre 1953 und die Finanzgerichtsordnung vom Jahre 1965. Da sie teilweise von der Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung abweichen, erscheint eine kurze Betrachtung des Instituts der einstweiligen Anordnung in diesen Verfahrensgesetzen erforderlich. Dabei ist allerdings unter dem Gesichtspunkt der erstrebten Vereinheitlichung aller Ver-

64) errichtet durch Gesetz vom 21. 12. 1871 (RGBl. 459);

65) errichtet durch Gesetz vom 27. 7. 1877 (RGBl. 549);

66) errichtet durch Gesetz vom 12. 5. 1901 (RGBl. 139);

67) errichtet durch die Reichssicherstellungsverordnung vom 24. 6. 1915 (RGBl. 357) und den Erlaß vom 20. 5. 1919 (RGBl. 469);

68) errichtet durch Gesetz vom 10. 9. 1919 über die Finanzverwaltung (RGBl. 1591); später §§ 52 ff. RAO i.d.F. vom 22. 5. 1931 (RGBl. I S. 161);

69) errichtet durch das Gesetz über das Verfahren in Versorgungssachen vom 10. 1. 1922 (RGBl. I S. 59); vgl. zu sämtlichen angeführten Gerichten Siegmund-Schultze, Die vorläufige Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte durch Art. 19 Abs. IV GG, Diss. 1957, S. 50 ff.;

70) Ob die Aufzählung in Art. 96 GG erschöpfend ist - so von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz (2. Aufl., Art. 94, Anm. 4, Art. 96, Anm. 2); Bonner Kommentar, Art. 96 Anm. II 2 - oder nicht - so Maunz, Staatsrecht, S. 224 f. - kann hier dahinstehen, da z.B. das Bundespatentgericht (errichtet durch Bundesgesetz vom 23. 3. 1961 -BGBl. I S. 274-) keinen eigenen Zweig der Gerichtsbarkeit repräsentiert, sondern dem Bundesgerichtshof als oberem Bundesgericht untersteht, vgl. dazu näher Maunz, Staatsrecht, 11. Aufl., S. 225.

fahrensordnungen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts darauf Bedacht zu nehmen, ob die Abweichungen lediglich gesetzlich fixierte Relikte einer überholten Auffassung, oder ob sie durch sachliche Unterschiede in den Verfahrenszweigen gerechtfertigt sind.

a) Sozialgerichtsbarkeit

Im Sozialgerichtsgesetz fehlt eine dem § 123 VwGO entsprechende Regelung. Darüber hinaus schließt § 198 Abs. II SGG die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Erlaß einstweiliger Verfügungen ausdrücklich aus. Als Ersatz dafür sind an verschiedenen Stellen vorläufige gerichtliche Maßnahmen vorgesehen, die den Charakter von einstweiligen Anordnungen haben. Es wurde damit im wesentlichen die Regelung übernommen, die schon das Gesetz über das Verfahren in Versorgungssachen hinsichtlich einer Interimgestaltung getroffen hatte ⁷¹⁾. Dort war in § 96 ein Suspensiveffekt zugunsten des klagenden Versorgungsempfängers eingeräumt, jedoch nur in den Fällen, in denen die Rente aus bestimmten Gründen entzogen worden war, oder in denen es sich um die Rückzahlung zu Unrecht erhobener Gebühren handelte. Darüber hinaus gab § 128 dem Gericht die Möglichkeit, die Gewährung vorläufiger Leistungen anzuordnen, um so eine Bedrohung der Existenz des Klägers zu vermeiden. Dem entspricht heute § 97 Abs. I SGG, wonach in einer Reihe enumerativ aufgeführter Fälle zugunsten des Klägers der Suspensiveffekt eingreift. Weiterhin kann das Gericht gemäß § 97 Abs. II SGG die Vollziehung von Verwaltungsakten einstweilen aussetzen, durch die eine laufende Leistung herabgesetzt oder entzogen wird. Schließlich enthält das Gesetz noch verschiedene Einzeltatbestände, in denen das Sozialgericht oder der Vorsitzende einstweilige Leistungen anordnen kann, wie beim Erlaß eines Grundurteils nach § 130 SGG und gemäß §§ 80 Abs. VI, 199 Abs. II SGG, bei Wiederaufnahme des Verfahrens oder Aussetzung einer Vollstreckung.

71) Vgl. dazu Siegmund-Schultze, a.a.O., S. 50 ff. (52).

Gleichwohl fehlt es - mangels einer generellen Ermächtigung zum Erlaß einstweiliger Anordnungen - an einem lückenlosen vorläufigen Rechtsschutz. Es wird deshalb auch hier - analog zu der Argumentation im allgemeinen Verwaltungsprozeß vor Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung - die Auffassung vertreten, die einstweilige Anordnung sei trotz fehlender positiver Regelung im Sozialgerichtsgesetz nach Art. 19 Abs. IV GG unmittelbar zulässig⁷²⁾. Die herrschende Meinung - die bei grammatischer und historischer Interpretation des Gesetzes wohl die besseren Gründe für sich hat - hält dagegen den Erlaß einstweiliger Anordnungen über die enumerativ aufgeführten Fälle hinaus für unzulässig⁷³⁾.

Im Hinblick auf die unbefriedigende Situation, die sich daraus für den vorläufigen Rechtsschutz auf dem Gebiet der Sozialgerichtsbarkeit ergibt, forderte schon Rohmeyer⁷⁴⁾ de lege ferenda die Übernahme der Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung. Diese Forderung erscheint um so berechtigter, als das Sozialgerichtsgesetz zu einer Zeit erlassen wurde (1953), in der die Diskussion um die grundsätzliche Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß noch in vollem Gange war, während die Verwaltungsgerichtsordnung bereits das Ergebnis des langwährenden Streites widerspiegelt.

Der Fortbestand der unterschiedlichen Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes im Sozialgerichtsgesetz könnte nur dann begründet werden, wenn das Wesen und die Besonderheit dieses Verfahrens sachliche Unterschiede zum allgemeinen Verwaltungsprozeß aufweisen würde. Dies aber ist - jedenfalls

72) So Hauelsen, Die einstweilige Verfügung im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 59, 18; ders. in: Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes, NJW 63, S. 321 ff.; Knoll, Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit des Reichs bei Sozialleistungen, Karlsruhe 1963, Bd. I, S. 87 ff..

73) Vgl. Peters-Sautter-Wolff, § 198 Anm. 3 b; LSG Bad. Württemb., NJW 1955, 647; LSG München, NJW 1961, 2039;

74) a.a.O., S. 62;

in bezug auf den vorläufigen Rechtsschutz - nicht der Fall ⁷⁵⁾. Die Einbeziehung des Instituts der einstweiligen Anordnung in das Verfahrensrecht der Sozialgerichtsbarkeit erscheint deshalb nicht nur zweckmäßig, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen auch geboten, denn die Gleichbehandlung sachverhältnistlich gleicher Tatbestände ist auch hinsichtlich eines effektiven vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß zu gewährleisten (Art. 3 Abs. I GG). Es steht daher zu hoffen und zu erwarten, daß im Rahmen der Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen die allgemeine Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung in das SGG übernommen wird.

b) Finanzgerichtsbarkeit

Die Forderung nach Angleichung des Sozialgerichtsgesetzes an die Regelung der einstweiligen Anordnung in der Verwaltungsgerichtsordnung erscheint um so dringlicher, wenn man die Erwägungen in Betracht zieht, die den Gesetzgeber bei Erlaß der Finanzgerichtsordnung (1965) leiteten. Diese sieht neben ihrer sonstigen engen Anlehnung an die Verwaltungsgerichtsordnung in ihrem § 114 eine dem § 123 VwGO genau entsprechende Ermächtigung zum Erlaß einstweiliger Anordnungen vor. Dazu heißt es in dem Bericht des Berichterstatters vom 14. Juni 1963 ⁷⁶⁾: "... Andererseits sah die Regierungsvorlage auf gerichtsverfassungsrechtlichem wie auf verfahrensrechtlichem Gebiet gegenüber der Verwaltungsgerichtsordnung eine größere Anzahl von Abweichungen vor, die mit den Besonderheiten der den Gegenstand des Finanzgerichtsverfahrens bildenden Rechtsmaterie begründet wurden. ... Die beteiligten Ausschüsse haben sich in entscheidendem Maße von dem durch den Bundestag bereits 1956 programmatisch aufgestellten Grundsatz leiten lassen, in einer organischen Fortentwicklung des Prozeßrechts einen weiteren Schritt auf dem Wege der Vereinheitlichung der verschiedenen

75) Vgl. dazu Haueisen, NJW 63, 323.

76) zu BT-Drucks. IV/3523, S. 1 f.;

Prozeßordnungen zu tun". Dabei sei zu prüfen gewesen, wie weit es sich "bei den Abweichungen von den anderen Prozeßordnungen ... tatsächlich um echte, auch nach den heutigen prozeßrechtlichen Grundsätzen anzuerkennende Notwendigkeiten und wieweit es sich lediglich um althergebrachte, der rechtsstaatlichen Entwicklung jedoch nicht mehr entsprechende Regelungen" handelte ⁷⁷⁾.

Wenn die Prüfung auf dem Gebiet der Finanzgerichtsbarkeit zu dem Ergebnis einer generellen Zulassung einstweiliger Anordnungen gelangte, so muß dies in höherem Maße noch für die Sozialgerichtsbarkeit der Fall sein: Denn in der Finanzgerichtsbarkeit handelt es sich vorwiegend um Fragen der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ⁷⁸⁾ aus dem Bereich des Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und Bürger, also um reine Eingriffsverwaltung ⁷⁹⁾, wo die Beschränkung auf den Suspensiveffekt und die richterliche Aussetzungsbefugnis immerhin vertretbar wäre. Die Sozialgerichtsbarkeit hingegen hat die Leistungsverwaltung zugunsten des Bürgers zum Gegenstand, so daß hier Verpflichtungs- und Leistungsklagen wesentlich größeres Gewicht besitzen und dementsprechend das Fehlen einer allgemeinen Ermächtigung zum Erlaß richterlicher Zwischenregelungen als noch unbefriedigender empfunden wird, als dies etwa in der Finanzgerichtsbarkeit der Fall sein würde ⁸⁰⁾.

77) Dazu Tipke-Kruse, Kommentar zur Abgabenordnung, Einführung A 6 zur FGO.

78) vgl. Menger, System, S. 134 ff. (137 - 139);

79) vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 63;

80) Vgl. dazu Haueisen und Knoll, a.a.O..

III. Vergleich mit dem Institut der einstweiligen Anordnung in anderen Verfahrenszweigen

Die am Ende der Auseinandersetzungen über die Anwendbarkeit der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß de facto anerkannte und durch § 123 VwGO sowie § 114 FGO de iure bestätigte Einführung des Instituts im Verwaltungsprozeß - die sich im Rahmen der Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen auch in der Sozialgerichtsbarkeit durchsetzen wird - bewirkte eine Angleichung an die prozessualen Möglichkeiten anderer Zweige der Gerichtsbarkeit.

1. Zivilgerichtsbarkeit

Die älteste positiv-rechtliche Regelung der einstweiligen Anordnung im geltenden Recht findet sich in den §§ 935, 940 der Zivilprozeßordnung von 1877. Hiernach sind in der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit einstweilige Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand zulässig, "wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte" (§ 935 ZPO) und auch "zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt notwendig erscheint" (§ 940 ZPO).

Diese beiden Anordnungstatbestände sind inhaltlich unverändert in § 123 VwGO übernommen worden; sie können ihrerseits auf eine lange geschichtliche Entwicklung zurückblicken⁸¹⁾. Der in § 935 ZPO (§ 123 Abs. I S. 1 VwGO) normierte Verfügungsgrund - der im folgenden als "Siche-

81) Vgl. dazu eingehend Rohmeyer, a.a.O., S. 20 - 32.

rungsanordnung" bezeichnet wird ⁸²⁾ - entstand aus dem deutsch-rechtlichen Selbsthilferecht und entwickelte sich über den in Oberitalien herausgebildeten und im deutschen gemeinen Prozeß übernommenen Arrestprozeß im 19. Jahrhundert zu einem eigenen prozessualen Institut ⁸³⁾. Der in § 940 ZPO (§ 123 Abs. I S. 2 VwGO) festgelegte Verfügungsgrund - im Anschluß an Rohmeyer ⁸⁴⁾ nachfolgend als "Regelungsanordnung" bezeichnet - entstammt dem kanonischen Rechtskreis, wurde dann im weltlichen italienischen Prozeß weiterentwickelt und in dieser Ausprägung als "possessorium summarissimum" in den Besitzprozeß des deutschen gemeinen Rechts übernommen, wo er durch reichsrechtliche und partikularrechtliche Normen in den folgenden Jahrhunderten stets anerkannt wurde ⁸⁵⁾. Die Ausdehnung dieses Instituts auf eine Regelungskompetenz in allen Rechtsstreitigkeiten findet sich dann in der Literatur des beginnenden 19. Jahrhunderts und ab der Mitte dieses Jahrhunderts auch in der Gesetzgebung ⁸⁶⁾. Als "einstweilige Verfügung" wurde dieses

82) im Anschluß an Rohmeyer, a.a.O., S. 18;

83) Rohmeyer, a.a.O., S. 19 ff..

84) a.a.O., S. 18;

85) Vgl. dazu die "Wormser Cammer Gerichtsordnung von 1521 (abgedruckt bei Bergmann, Corpus Iuris Iudicarii, S. 68 f.), Tit. XXXII § 1; Augsburger Cammer Gerichtsordnung von 1555 (abgedruckt bei Bergmann, a.a.O., S. 119 f.), P. II, tit. 21 § 3; sowie Codex Iuris Bavarici Iudicarii von 1753, Kap. III § 5; Preuß. allg. Landrecht vom 5. 2. 1794, Einl. § 98 und §§ 155 f. Teil I Tit. 7 (Zit. nach der Ausgabe von Landé, Berlin 1882).

86) Vgl. dazu im einzelnen Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. IV, 2. Auflage, Erlangen 1805, S. 291 ff.; Rohmeyer, a.a.O., S. 26 m.w.Nachw.; Kodifikationen: Hannoversche Proceßordnung von 1847, Tit. II B: V. "Besitzproceß", VI "Von Einstweiligen Verfügungen" und Proceßordnung von 1850, Teil IV, 5. Tit. "Besitzproceß", 7. Tit. "Von Einstweiligen Verfügungen" nur für den Besitzprozeß; der preußische Entwurf von 1864 setzt in § 823 die Gleichbehandlung aller zu regelnden Verhältnisse voraus und die Bayerische Prozeßordnung von 1869 nimmt durch die Aufnahme einer "Vorsichtsverfügung zur vorläufigen Besitzeinweisung" im Katalog der weiteren möglichen Maßnahmen (Art. 606 Ziff. 4) direkt auf die Entstehungsgeschichte dieses Instituts Bezug.

Institut nach Maßgabe der verschiedenen Entwürfe von Zivilprozeßordnungen für den Norddeutschen Bund und für das Deutsche Reich in die Zivilprozeßordnung von 1877 aufgenommen⁸⁷⁾.

Eine dritte Spielart der allgemeinen einstweiligen Verfügung - die bereits erwähnte vorläufig befriedigende Leistungsanordnung - hatte Vorläufer im gemeinrechtlichen Mandats- und Exekutivprozeß, sowie in den Bayerischen Prozeßgesetzen von 1753 und 1869 (die allerdings in Vergessenheit geraten sind⁸⁸⁾); sie fand in der Zivilprozeßordnung keine allgemeine und ausdrückliche Regelung, wurde aber in der Folgezeit von der Rechtsprechung der Zivilgerichte gewohnheitsrechtlich neu entwickelt⁸⁹⁾.

Diese stützte sich dabei vor allem auf Sonderformen des Instituts der einstweiligen Anordnung, die in verschiedenen Einzelbestimmungen normiert sind. Vor allem kommt hier die einstweilige Anordnung nach § 1716 BGB - die wegen eines Geldanspruchs zur Befriedigung führt - und die Sonderregelung der §§ 627 ff. ZPO in Betracht. Ausgehend von dem Rechtsgedanken, der in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommt, ließ die Rechtsprechung nach und nach zur Abwendung wesentlicher Gefahr auch in anderen Fällen Verurteilung zu Geldzahlungen (einer "Leistung") zu: So z.B. zu Prozeßkostenvorschuß gemäß § 1360 a BGB⁹⁰⁾ und (vor allem bei Dauerverhältnissen) Abschlagszahlungen auf laufende Unterhalts-, Lohn- und Gehaltsansprüche⁹¹⁾ sowie ferner Abschlagszahlungen auf sonstige periodisch wiederkehrende Leistungen, deren der angebliche Gläubiger zur Deckung seines notwendigen Lebensbedarfes bedarf, wie z.B. Renten⁹²⁾, ja sogar einmalige Zahlungen, auf die der angebliche Gläubiger zur Abwendung ernster Dauerschäden angewiesen ist, wie

87) Vgl. zu den Entwürfen Rohmeyer, S. 20 m.w.Nachw..

88) vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 34;

89) Vgl. Thomas-Putzo, § 940 ZPO, Anm. 4.

90) vgl. OLG Celle, NJW 63, 960;

91) vgl. RGZ 27, 429;

92) OLG Frankfurt, JW 32, 3728;

etwa Heilungs- und Kurkosten nach Unfällen ⁹³⁾. Inwieweit die im Zivilrecht zur Leistungsanordnung entwickelten Grundsätze auch im Verwaltungsprozeß anzuwenden sind, wird noch zu erörtern sein.

Weitere Beispiele verfahrensrechtlicher Zwischenregelungsmöglichkeiten finden sich in der Zivilprozeßordnung etwa in Form der einstweiligen Anordnung im Beschwerdeverfahren (§ 572 Abs. III) und der einstweiligen Anordnungen bei Einstellungen im Zwangsvollstreckungsrecht (§§ 707, 719, 732 Abs. II, 766 Abs. I S. 2, 769, 771 Abs. III und 805 Abs. IV S. 2) ⁹⁴⁾. Weiterhin erscheint die einstweilige Verfügung in Einzelregelungen des materiellen Zivilrechts, wie zum Beispiel in §§ 489, 885, 899, 1179, 1263 BGB, und in verschiedenen Spezialgesetzen ⁹⁵⁾. Die Voraussetzungen für den Erlaß dieser einstweiligen Verfügungen sind in der Regel in der jeweiligen Vorschrift normiert und stellen zum Teil andere Anforderungen als die allgemeine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO. Schließlich findet sich eine Ermächtigung auch in § 106 Abs. I S. 2 KO, wo sie hinsichtlich der Gesamtverwertung der Masse eine ähnliche Stellung einnimmt wie die sichernde einstweilige Verfügung des § 935 ZPO hinsichtlich der Einzelverwertung des Schuldnervermögens ⁹⁶⁾. Endlich gewährt § 24 Abs. III FGG für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Richter eine Befugnis zu einstweiligen Regelungen, soweit er in der Beschwerdeinstanz tätig wird ⁹⁷⁾; dieser Regelung entsprechen für die

93) Vgl. dazu OLG Karlsruhe, JW 30, 2068; OLG Köln, MDR 59, 398.

94) Die Frage, ob es sich hierbei um "echte" einstweilige Anordnungen handelt oder nicht, ist ohne Belang. Verneinend Rosenberg, ZPO, S. 893 f.; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 572 Anm. 2; Grundzüge vor § 704 Anm. 6 E; § 732 Anm. 3; Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbemerkg. VI, 5 vor § 704.

95) Vgl. dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 35.

96) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 212, Anm. 13.

97) ob § 24 III auch für die Rechtsbeschwerdeinstanz gilt, ist streitig; vgl. dazu einerseits RGZ 170, 83 (91 f.); andererseits Schlegelberger, §§ 23 RdNr. 7, 29 Anm. 10; für die Einführung einer allgemeinen Zwischenregelungsbefugnis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit spricht sich der Bericht der ZPO-Kommission (Bonn 1961), S. 303 f., aus; - Leitsatz 116, S. 254;

Sondergebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit die §§ 76 Abs. I Grundbuchordnung, 81 Schiffsregisterordnung, 35 Abs. III Verschollenheitsgesetz, 13 Abs. IV Hausratsverordnung, 19 Landwirtschaftsverfahrensgesetz und 8 S. 2 Freiheitsentziehungsgesetz.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit

Auch in der Verfassungsgerichtsbarkeit gehört das Instrument der einstweiligen Anordnung nunmehr zum "unbezweifelt notwendigen Rüstzeug" ⁹⁸⁾ jedes Verfassungsgerichtes. So nahm bereits der Reichsstaatsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ⁹⁹⁾ trotz fehlender positivrechtlicher Ermächtigungsgrundlage für sich das Recht in Anspruch, "einstweilige Verfügungen" zu erlassen. Heute ist diese Befugnis in fast allen Gesetzen des Bundes und der Länder über die Verfassungsgerichtsbarkeit vorgesehen ¹⁰⁰⁾.

3. Internationale Gerichtsbarkeit

Gleiches gilt seit langem auf dem Gebiet der völkerrechtlichen Gerichtsbarkeit. So war bereits der "Ständige Interna-

98) so Quaritsch, a.a.O., S. 213;

99) RStGH E, L-S I 212; L-S I, 411; L-S I 156; L-S II 98; L-S II 72; L-S IV, 95; RuPrVBl. 32, 772;

100) § 32 BVerfGG; § 22 des Gesetzes über den Hessischen Staatsgerichtshof vom 12. 12. 1947 (GVBl. S. 3, berichtet S. 122); § 27 I des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen vom 4. 3. 1952 (GVBl. S. 35); § 30 I des Gesetzes über das hamburgische Verfassungsgericht vom 2. 10. 1953 (GVBl. S. 231); § 25 I des Gesetzes über den Staatsgerichtshof von Baden-Württemberg vom 13. 12. 1954 (GB1. S. 171) i.d.F. des Gesetzes vom 28. 3. 1955 (GB1. S. 66); § 21 des Gesetzes über den saarländischen Verfassungsgerichtshof vom 17. 7. 1958 (AB1. S. 735); in Niedersachsen wird in § 16 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 4. 4. 1955 (GVBl. S. 141) auf § 32 BVerfGG Bezug genommen; für Bayern § 26 ZO f.d.VerfGH vom 24. 5. 1948 (GVBl. S. 121) i.V.m. § 51 Abs. III VGG vom 25. 9. 1946 (GVBl. S. 281) und §§ 935, 940 ZPO, - vgl. dazu Bay. VerfGH, ES n.F. 4, T. II, 21 (25).

tionale Gerichtshof" in Den Haag durch Art. 41 seines Statuts ermächtigt, auf Antrag oder von Amts wegen vorsorgliche Maßnahmen zu bezeichnen, um die Rechte der Parteien für die Dauer des Verfahrens zu schützen ¹⁰¹⁾.

Entsprechende Befugnisse hat der jetzige International Court of Justice nach Art. 41 seines Statuts vom 26. Juni 1945; die Ermächtigungsnorm entspricht hierbei wörtlich der Bestimmung des Art. 41 IGH-Statut und wird von Art. 61 Ziff. 1 - 8 der "Rules of Court" vom 6. Mai 1946 spezifiziert ¹⁰²⁾. Schließlich ist auch der ständige Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg zum Erlaß einstweiliger Anordnungen ermächtigt: die materielle Ermächtigung findet sich in Art. 39 Abs. III des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 ¹⁰³⁾ und Art. 186 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 ¹⁰⁴⁾ sowie in Art. 158 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25. März 1957 ¹⁰⁵⁾, während die verfahrensrechtliche Behandlung der einstweiligen Anordnung in Art. 83 ff. der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ¹⁰⁶⁾ geregelt ist.

4. Strafprozeß und ausländische Verfahrensordnungen

Auch der Strafprozeß kennt Interimistika ¹⁰⁷⁾. Die Parallelen mit der Zivilgerichtsbarkeit und dem Verwaltungsprozeß

101) Das Statut ist abgedruckt bei Pütz, Alfred, Der Erlass von einstweiligen Verfügungen durch den Ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, Diss. 1939, S. 9, Anm. 4.

102) Das Statut ist abgedruckt in: Les Jurisdictions Internationales - 1958 - (Paris 1959) S. 510 ff.; Art. 41 - S. 518; Art. 61 der Rules of Court - S. 538.

103) BGBI. 52, II, 445;

104) BGBI. II, 766;

105) BGBI. II, 1014;

106) vom 3. 3. 1959 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 1959, S. 349 (Nr. 18);

107) Z.B. §§ 112 ff. StPO, § 283 StPO, § 458 Abs. III S. 2 StPO.

sind jedoch wegen des anderen Verfahrensgegenstandes und der unterschiedlichen Prozeßgestaltung nicht sehr ergiebig. Ein näheres Eingehen auf diese Zwischenregelungsbefugnisse soll daher - ebenso wie die Untersuchung der Regelungen ausländischer Prozeßordnungen - im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben ¹⁰⁸⁾.

Zusammenfassung

Der langwährende Streit um die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß beruhte auf der ungeklärten Frage, welche Funktion diesem Verfahrenszweig im Rahmen der rechtsstaatlichen Ordnung zukommt. Seit diese Frage im Sinne einer von Gerichten wahrzunehmenden Rechtsschutzeinrichtung - zumindest a u c h für rechtlich geschützte Interessen des Einzelnen - geklärt ist, muß im Hinblick auf die Effektivität dieses Rechtsschutzes die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsprozeß grundsätzlich bejaht werden. Im Hinblick auf Art. 3 GG - rechtliche Gleichbehandlung gleichgelagerter Sachverhalte auch auf dem Gebiet des vorläufigen Rechtsschutzes - darf der verfassungsrechtlich garantierte Verwaltungsrechtsschutz nicht weniger wirksam ausgestaltet sein als der Zivilrechtsschutz und der Verfassungsrechtsschutz, deren Effektivität seit langem eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit ist ¹⁰⁹⁾. So war es nicht nur zulässig, sondern geboten, das Institut der einstweiligen Anordnung durch § 123 VwGO und § 114 FGO in den Verwaltungsprozeß einzuführen. Gleiches gilt - de lege ferenda - für die generelle Übernahme dieses Instituts in die Sozialgerichtsbarkeit.

108) Vgl. eingehend dazu Rohmeyer, a.a.O., für den Strafprozeß S. 38 f.; für die ausländische Zivilgerichtsbarkeit S. 36 ff. und für den ausländischen Verfassungsprozeß S. 43 f..

109) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 878.

ZWEITER TEIL

Der verfahrensrechtliche und staatsrechtliche Standort der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß

Vorbemerkung

1. Die Problematik der Übernahme der Regelung in der Zivilprozeßordnung

Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über einstweilige Verfügungen wurden fast wörtlich in die Verwaltungsgerichtsordnung übernommen. Selbst wenn heute Einigkeit darüber besteht, daß die einstweilige Anordnung ein notwendiges Instrument jeglicher Gerichtsbarkeit ist ¹⁾ und die einstweilige Verfügung des Zivilprozesses nur eine Einzelausprägung des allgemeinen Prozeßinstituts darstellt, so gab doch die Übernahme der Formulierung der Zivilprozeßordnung zu mancherlei Mißverständnissen Anlaß. Diese sind einerseits darauf zurückzuführen, daß die für die Handhabung der einstweiligen Verfügung im Zivilprozeß entwickelten Faustregeln unbesehen auf den wesensverschiedenen Verwaltungsprozeß übertragen wurden und andererseits darauf, daß - aufgrund der Unsicherheit über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt - die einstweilige Anordnung etwa als "materieller Verwaltungsakt" ²⁾ oder neuerdings von Rohmeyer ³⁾ als "ein dem Richter übertragener Exekutivakt" bezeichnet wird und daraus - durchaus verschie-

1) so Quaritsch, a.a.O., S. 212 f.;

2) so Eyermann-Fröhler, VGG, 2.Auflage 1954, Anh. nach § 51 Anm. I 3 a; ders. VwGO, 3.Auflage 1962, § 123 RdNr. 9; die 4.Auflage (1965) nimmt dazu nicht mehr Stellung;

3) a.a.O., S. 146 ff.;

denartige - Folgerungen für die Praxis gezogen werden. Es ist deshalb nicht nur von theoretischem Wert, wie bereits Quaritsch⁴⁾ bemerkt, die rechtliche Bedeutung der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß grundsätzlich zu untersuchen und ihr einen festen Platz im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Rechtsaktslehre - als Verwaltungsakt oder richterlicher Akt - zuzuweisen, damit nicht durch unzutreffende oder unbrauchbare Axiome die "Normauslegung überschattet wird" ⁵⁾.

Um für diese, mit der Übernahme der zivilprozessualen Regelung verbundenen Fragen einen festen Ausgangspunkt zu haben, soll vorweg ein knapper, zusammenhängender Überblick über deren Vorschriften gegeben werden.

2. Skizzierung der einstweiligen Verfügung im Zivilprozeß

Die Zivilprozeßordnung sieht im 8. Buch zweierlei Mittel zur vorläufigen Sicherung angeblicher Ansprüche des Gläubigers vor: Arrest und einstweilige Verfügung. Sie unterscheiden sich in erster Linie dadurch, daß sie der Sicherung verschiedenartiger Ansprüche dienen. Während der Arrest die Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung bezweckt (§ 916 I ZPO), soll die einstweilige Verfügung die Realisierung anderer Rechte sichern (§§ 935, 940 ZPO). Beide summarischen Verfahren setzen nicht die Rechtshängigkeit der Hauptsache voraus.

Zur Erlangung dieser Sicherungstitel ist vielmehr ein besonderes Verfahren vorgesehen, der Arrest- bzw. Verfügungsprozeß. Die Tätigkeit des Richters besteht hier darin, summarisch zu prüfen, ob der zu sichernde Anspruch mit ausreichender Wahrscheinlichkeit besteht und ob ein Grund für den Erlaß eines Arrestes bzw. einer einstweiligen Verfügung gegeben ist, wobei für das Verfahren bei Erlaß einstweiliger Verfügungen auf die Arrestverfahrensvorschriften verwiesen ist (§ 936 ZPO). Hieran schließt sich ggf. der

4) a.a.O., S. 215;

5) So Quaritsch, a.a.O., S. 215.

Arrest bzw. die einstweilige Verfügung und deren Vollzug in gleicher Weise wie im Hauptsacheerkenntnisverfahren an, wo Entscheidung und Vollstreckung einander folgen.

In diesem Sinne erweist sich die Einordnung dieser Verfahrensarten unter den Abschnitt über Zwangsvollstreckung als unrichtig; in Wahrheit handelt es sich nach der Systematik der besonderen Verfahrensarten um einen selbständigen summarischen Prozeß; zur Zwangsvollstreckung zählt lediglich der Vollzug des Arrestes bzw. der einstweiligen Verfügung ⁶⁾.

Von diesen Sicherungsmitteln hat die Verwaltungsgerichtsordnung die einstweilige Verfügung, nicht aber den Arrest übernommen. Dies ergibt sich e contrario daraus, daß in § 123 Abs. III/IV VwGO ausdrücklich auf Vorschriften verwiesen wird, die den Arrest behandeln (wenngleich für das Verfahren bei Erlaß einstweiliger Anordnungen innerhalb der ZPO wiederum durch § 936 ZPO hierauf Bezug genommen wird), der Arrest selbst aber nicht genannt wird, sowie aus § 168 VwGO, der die Vollstreckungstitel erschöpfend aufzählt und den Arrest nicht erwähnt ⁷⁾.

Bei der einstweiligen Anordnung "in bezug auf den Streitgegenstand" sind drei Tatbestände zu unterscheiden: Zur Sicherung von Individualansprüchen (§ 935 ZPO - Sicherungsanordnung), zur Regelung eines einstweiligen Zustandes (§ 940 ZPO - Regelungsanordnung) und schließlich - von der Rechtsprechung entwickelt - zur vorläufigen Befriedigung des Gläubigers auch wegen angeblicher Zahlungsansprüche, wenn diese zur Deckung seines notwendigen Lebensbedarfes unerläßlich sind (Leistungsanordnung) ⁸⁾.

In allen drei Fällen bestimmt das Gericht gemäß dem Wortlaut des § 938 Abs. I ZPO "nach freiem Ermessen", welche Anordnung zur Erreichung des Zweckes der einstweiligen

6) Vgl. Thomas-Putzo, Vorbem. zu § 916.

7) Allg.M. vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 1; Klinger, § 123 B 1; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123 I.

8) Vgl. dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 18 - 32.

Verfügung erforderlich ist; es ist aber dabei an den gestellten Antrag gebunden. Anordnungen, die diesen Rahmen überschreiten würden, wären unzulässig (§ 308 ZPO). Innerhalb des gestellten Antrages ist das Gericht in der Auswahl der ihm richtig erscheinenden Maßnahmen frei, es kann insoweit auch vom Antrag des Antragstellers abweichen.

Für das Verfahren finden im allgemeinen die für das Arrestverfahren getroffenen Regelungen Anwendung, auf die insoweit verwiesen werden kann.

In bezug auf die Zulässigkeit gelten die allgemeinen Grundsätze. Es muß in erster Linie der Weg zu den Zivilgerichten gegeben sein. Weiterhin wird eine einstweilige Verfügung nur auf Antrag erlassen, der einen bestimmten Gegner benennen muß und in dem der zu sichernde Anspruch, das zu regelnde Rechtsverhältnis und der die einstweilige Anordnung rechtfertigende Grund darzulegen und unmittelbar glaubhaft zu machen sind (§§ 936, 920, 294 ZPO). Das Gericht der Hauptsache entscheidet über diesen Antrag nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil; in Eilfällen ist eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zulässig. Gegen Entscheidungen der letzteren Art findet das Widerspruchsverfahren statt (§§ 936, 924, 925 ZPO). Grundsätzlich kann auch die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände verlangt werden (§§ 936, 927 ZPO), während die Aufhebung im übrigen nur gegen Sicherheitsleistung und nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen statthaft ist (§ 939 ZPO). Schließlich kann, wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist, auf Antrag eine Frist für die Erhebung der Klage gesetzt werden (§§ 936, 926 ZPO).

Bei der Vollstreckung besteht zwischen den in der ZPO ausdrücklich geregelten Arten der einstweiligen Verfügung und der von der Rechtsprechung entwickelten "Leistungsverfügung" ein Unterschied. Die Vollziehung einstweiliger Verfügungen zur Sicherung von Individualansprüchen und zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erfolgt nach den Grundsätzen

über die Vollziehung des Arrestes; es werden also die allgemeinen Vorschriften über Zwangsvollstreckung mit der Maßgabe angewendet, daß sie nicht zu einer Befriedigung, sondern nur zu einer Sicherung führen dürfen. Für die "Leistungsverfügung" hingegen, die eine vorläufige Verurteilung beinhaltet, sind uneingeschränkt die allgemeinen Vollstreckungsvorschriften anzuwenden, da die einstweilige Verfügung hier einen endgültigen Titel darstellt, für den nur hinsichtlich Klausel und Zustellung die Erleichterungen des Arrestverfahrens eingreifen. Eine Aufhebung der Vollziehung gemäß § 934 Abs. I ZPO erfolgt, außer in den Fällen des § 934 Abs. II - IV ZPO, nur "unter besonderen Umständen" (§ 939 ZPO) und zwar in Form eines Titels (§§ 775 Ziff. 1, 776 ZPO).

I. Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß als Verfahrensinstrument

1. Die einstweilige Anordnung als Maßnahme der formellen Prozeßleitung

Die amtliche Begründung der Zivilprozeßordnung von 1877 bezeichnete die einstweilige Verfügung als Prozeßhandlung des Gerichtes, deren Finalität sich in der Ausgestaltung des Verfahrens erschöpfe und der dementsprechend eine weitergehende materiell-rechtliche Bedeutung nicht zukomme ⁹⁾. Wäre dies richtig, dann würden einstweilige Anordnungen im Verwaltungsprozeß "richterliche Willenserklärungen" ¹⁰⁾

9) Vgl. dazu Stern, Arrest und einstweilige Verfügungen in der deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1912, S. 18.

10) vgl. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I, (1912) S. 486; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Übers.v. § 300 Anm. 1 A; a.A. wegen terminologischer Unterschiede: Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 376;

darstellen, mit denen das Gericht seiner Auffassung über die Gestaltung einer bestimmten Situation Geltung verschafft; diese Erklärungen würden sich jedoch lediglich auf Verfahrensgestaltung beziehen und wären daher als Maßnahmen der Prozeßleitung (vgl. § 146 Abs. II VwGO) zu qualifizieren. Unter diesen Begriff werden alle Handlungen des Gerichtes eingereiht, die darauf abzielen, für Ordnung, Zweckmäßigkeit und Beschleunigung des Verfahrens zu sorgen und unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge für die Parteien auf die Vollständigkeit und Klarheit des Parteivortragens hinzuwirken, die wahren Ansichten und Absichten der Parteien aufzuklären und durch Bereitstellung von Beweismitteln ihrer Durchsetzung zur Hilfe zu kommen ¹¹⁾. Damit steht die Prozeßleitung im unmittelbaren Gegensatz zur sachlichen Entscheidung des Prozesses durch Urteil oder Beschluß, während alle anderen Entscheidungen im Dienst der Prozeßleitung stehen können ¹²⁾.

Innerhalb dieses Begriffes wird schließlich eine weitere Unterteilung in Maßnahmen der "formellen" und der "materiellen" Prozeßleitung getroffen ¹³⁾. Zur ersten Kategorie zählen dabei die Maßnahmen, die der Sorge für einen äußerlich geordneten Verfahrensablauf dienen ¹⁴⁾, während die gesamte Beschaffung des für die Sachentscheidung erforderlichen Prozeßstoffes einschließlich der Beweiserhebung zur materiellen Prozeßleitung gerechnet wird ¹⁵⁾.

Daß nun die einstweilige Anordnung nicht der formellen Prozeßleitung dient, folgt schon aus der Tatsache, daß sie sich nicht auf die äußerliche Gestaltung und Ordnung des

11) Vgl. VGH Mannheim, DVBl. 64, 878 f.; Stein-Jonas-Schönke, ZPO, § 128, Anm. II, 3.

12) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, § 58, S. 265.

13) Vgl. Buck "Die prozeßleitenden Verfügungen nach § 146 Abs. II der Verwaltungsgerichtsordnung", DÖV 1964, S. 537 f..

14) vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 103 RdNr. 2 ff.; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Übersicht vor § 128, Anm. 2 A a mit weiteren Nachweisen;

15) Vgl. Buck, a.a.O., S. 537; Eyermann-Fröhler, § 103 RdNr. 5; Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 128, Anm. 2 A b.

Verfahrens bezieht, sondern auf den "Streitgegenstand" (§§ 123 Abs. I S. 1 VwGO, 935 ZPO) bzw. auf das "streitige Rechtsverhältnis" (§§ 123 Abs. I S. 2 VwGO, 940 ZPO). Sie zielt also auf eine vorläufige Gestaltung der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden sachlich-rechtlichen Beziehungen der Parteien ab. Dem entspricht die verfahrensrechtliche Systematik der Verwaltungsgerichtsordnung, die in § 55 ausdrücklich die Vorschriften des ordentlichen Rechtsweges (§§ 176 ff. GVG) über die förmliche Verfahrensleitung für anwendbar erklärt und damit dem Richter für diesen Bereich eine eigene Ermächtigungsgrundlage gewährt, die gegenüber der Regelung der einstweiligen Anordnung verschieden ist und somit ihre Einordnung unter diese Maßnahmen ausschließt ¹⁶⁾.

2. Die einstweilige Anordnung als Maßnahme der materiellen Prozeßleitung

Wesentlich näherliegend ist es allerdings, die einstweilige Anordnung unter die Maßnahmen der m a t e r i e l l e n Prozeßleitung einzureihen. Dies geschah bereits in der Rechtsprechung des Reichsstaatsgerichtshofes, der die Ermächtigung zum Erlaß von Zwischenregelungen aus § 23 des Staatsgerichtshofsgesetzes entnahm, wonach dem Gericht das Recht zukam, sein Verfahren selbst zu gestalten ¹⁷⁾. Um aber die Möglichkeit zu haben, den Rechtsstreit endgültig entscheiden zu können - so begründete das Gericht seine Ansicht weiter -, sei die Befugnis zum Erlaß von Zwischenregelungen schlechthin eine unentbehrliche V e r f a h r e n s v o r a u s s e t z u n g ¹⁸⁾. Diese Auffassung, die in modifi-

16) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 76.

17) RStGH, L-S I, 212 (215).

18) Im gleichen Sinne Lammers, Urteilsbesprechung, JW 1926, 376 ff. (377); Simons, Nachtrag zu Friesenhahn, Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932, S. 740; dazu Schüle, Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932, S. 9 ff..

zierter Form auch in neuerer Zeit vertreten wird ¹⁹⁾, beruht ersichtlich auf der Vorstellung, daß sowohl die **B e s c h a f f u n g** des Prozeßstoffes als vorbereitender Akt des Erkennens und somit Voraussetzung der Entscheidung ²⁰⁾, wie auch die **E r h a l t u n g** des Prozeßstoffes - worauf die einstweilige Anordnung abzielt - lediglich der prozessualen Gestaltung dienen, um eine Endentscheidung zu ermöglichen; beide Rechtsinstitute würden sich hiernach als Erscheinungen materieller Prozeßleitung verstehen.

Diese Auffassung verkennt indessen einen wesentlichen Unterschied: Während die Beschaffung des Prozeßstoffes die tatsächlichen Voraussetzungen für den **E r k e n n t n i s a k t** schaffen soll, auf dem dann die Entscheidung beruht, soll die einstweilige Anordnung verhindern, daß durch eine **Ä n d e r u n g** des dem Gericht vorliegenden **S a c h v e r h a l t s** vor Erlaß bzw. Rechtskraft der Entscheidung Umstände eintreten, die diese illusorisch machen, weil die zur Entscheidung gestellte Sachlage bei Ergehen der Entscheidung nicht mehr besteht.

Diese Unterscheidung läßt z.B. auch Schüle ²¹⁾ außer acht, der die Beweissicherung als Unterfall der Regelungseinordnung qualifiziert: Die vorbeugende Beweissicherung zielt ausschließlich darauf ab, zu verhindern, daß die Erkenntnis und Feststellung des wahren Lebenssachverhaltes, der zur Beurteilung ansteht, nicht dadurch verhindert wird, daß die Grundlagen für diese Erkenntnis verloren gehen. Um

19) vgl. Arndt, Urteilsanmerkung, NJW 58, 337, nach dem einstweilige Anordnungen unter dem Gesichtspunkt prozessualer Maßnahmen zur Sicherung der Endentscheidung zu betrachten sind;

20) vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 77; wer den Prozeßstoff beizubringen hat, ist hier unerheblich; wenngleich gem. § 86 VwGO im Verwaltungsprozeß grundsätzlich die Untersuchungsmaxime gilt, so betrifft dieser Punkt doch nur die Frage der Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien, die hier nicht von Belang ist. Vgl. dazu Rosenberg, Lehrbuch ZPO, S. 268; Buck, a.a.O., S. 537;

21) a.a.O., S. 85;

solche Entwicklungen auszuschließen, sind in den verschiedenen Verfahrensgesetzen grundsätzlich Sonderregelungen enthalten ²²⁾.

Es läßt sich daher sagen, daß die einstweilige Anordnung nicht der zweckmäßigen und ökonomischen Abwicklung eines laufenden Verfahrens als solches dient, sondern verhindern soll, daß trotz ggf. zweckmäßiger Gestaltung des Verfahrens der hierauf ergehende Richterspruch - der als Spruch über eine konkrete geschichtliche Situation von nachträglichen faktischen Sachverhaltsänderungen unberührt bleibt ²³⁾ - nicht deswegen ins Leere geht, weil sich die zu beurteilende Streitfrage zwischenzeitlich überholt hat und so das nach prozessualen Grundsätzen einwandfrei durchgeführte Verfahren sich als sinnlos erweist.

In diesem Sinne beschränkt sich die Aufgabe des Instituts der einstweiligen Anordnung nicht ausschließlich auf das Interesse des Antragstellers an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ²⁴⁾, sondern es dient der staatlichen Institution der Gerichtsbarkeit selbst, indem es verhindert, daß die nach Abschluß des Verfahrens ergehende Entscheidung zum Selbstzweck wird und keine Wirkungen mehr entfalten kann. Diese Grundsätze gelten bereits für den Zivilprozeß, wo der Staat in Form der Gerichtsbarkeit die Möglichkeit haben muß, einen ihm unterbreiteten Streit entscheidungsfähig zu erhalten, um nicht die Institution der Gerichtsbarkeit als solche in Frage zu stellen ²⁵⁾ und durch überholte Entscheidungen seiner Autorität und seines Ansehens verlustig zu gehen ²⁶⁾. Um so mehr gilt dies für den Verwaltungsverfahren, wo sich ansonsten zweierlei Staatsorgane

22) Z.B. § 98 VwGO und §§ 485 ff. ZPO; dazu Eyermann-Fröhler, § 96 RdNr. 11; § 98 RdNr. 20; Ule, § 98 Anm. I 8; Rosenberg, Lb., S. 566 f..

23) vgl. Jellinek Walter, Gesetzesanwendung, § 167;

24) so Rohmeyer, S. 79, gegen Schüle, a.a.O., S. 86 f., der jedenfalls für die einstweilige Verfügung des Zivilprozesses nur vom Individualrechtsschutz ausgeht;

25) vgl. Pütz, a.a.O., S. 10; Niemeyer, a.a.O., S. 18;

26) Vgl. Siegmund-Schultze, a.a.O., S. 120.

(Exekutive und Jurisdiktive) auf Kosten des rechtsschutzsuchenden Einzelnen blockieren könnten und damit - für den noch zu erörternden Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung - der Rechtsschutz insgesamt illusorisch würde.

Das Institut der einstweiligen Anordnung gewährt daher dem Richter die Befugnis, in die materiell-rechtlichen Beziehungen der Parteien einzugreifen und ihnen vorläufig Verhaltenspflichten in bezug auf den Streitgegenstand bzw. das streitige Rechtsverhältnis aufzuerlegen²⁷⁾.

3. Die einstweilige Anordnung als echte richterliche Entscheidung

Damit aber sprengt die einstweilige Anordnung eindeutig den Rahmen von Maßnahmen der sachlichen Prozeßleitung²⁸⁾ und erweist sich als "echte" richterliche Entscheidung²⁹⁾ im Sinne einer autoritativen Regelung der Folgen konkreter Tatbestände³⁰⁾ in bezug auf ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis.

Sie ergeht dementsprechend in jedem Falle als richterliche Entscheidung³¹⁾ im formellen Sinne des § 160 Abs. II Ziff. 5 ZPO, der auch im Rahmen des § 105 Abs. II VwGO gilt³²⁾.

27) Ob die einstweilige Anordnung konstitutiv wirkt, d.h. die entsprechenden Verhaltenspflichten erst herbeiführt, oder ob sie nur deklaratorisch solche bereits - etwa auf Grund Gewohnheitsrechts - bestehenden Verhaltenspflichten konkretisiert, wird später zu erörtern sein, vgl. dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 80.

28) vgl. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, a.a.O., S. 362;

29) vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbem. vor § 300 Anm. 1; Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 300 Anm. I; die Verwendung des Begriffes ist nicht ganz einheitlich, teilweise werden auch prozeßleitende Maßnahmen als Entscheidungen im weiteren Sinn bezeichnet - vgl. Rosenberg, Lb., S. 236; dies kann jedoch hier wegen deren grundsätzlicher Unanfechtbarkeit außer Betracht bleiben;

30) vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbem.v. § 1, Anm. I; Rosenberg, Lb., S. 237;

31) vgl. §§ 123 Abs. III/IV, 136 VwGO, 924, 925 ZPO;

32) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 105, RdNr. 4.

Die von Rohmeyer ³³⁾ aufgeworfene Frage, ob die einstweilige Anordnung deshalb aus Gründen der formalen Systematik nicht eine eigene Regelung im 11. Abschnitt des zweiten Teiles hätte finden sollen, sondern unter den 10. Abschnitt über "Urteile und andere Entscheidungen" einzureihen gewesen wäre, wie dies in § 114 der Finanzgerichtsordnung von 1965 geschehen ist ³⁴⁾, kann an der Qualifizierung der einstweiligen Anordnung als echter richterlicher Entscheidung nichts ändern, denn die Regelung in einem eigenen Abschnitt rechtfertigt sich - wie Rohmeyer selbst bemerkt - aus dem von sonstigen Entscheidungen abweichenden Inhalt der einstweiligen Anordnung.

Zusammenfassung

Die einstweilige Anordnung dient nicht lediglich der zweckmäßigen Gestaltung des Verfahrens, sondern gewährt dem Richter die Befugnis, den Parteien materiell-rechtliche Verhaltenspflichten zur Sicherung der Effektivität der Endentscheidung aufzuerlegen. Sie ist daher weder eine Maßnahme der formellen, noch der materiellen Prozeßleitung, sondern echte richterliche Entscheidung. Dies wird bestätigt durch die Gestaltung des Verfahrens bei der Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

II. Die Stellung der Zwischenregelungsbefugnis des Verwaltungsrichters im System der Staatsfunktionen

Die Qualifizierung der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß als Akt der Verwaltung oder der Rechtsprechung

³³⁾ a.a.O., S. 81;

³⁴⁾ Der Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes von Ule - a.a.O., S. 409 - übernimmt allerdings wieder die systematische Einordnung der VwGO unter einen eigenen Abschnitt.

war - wie bereits erwähnt - lange Zeit Gegenstand eines heftigen Theorienstreites. Aus den dabei entwickelten Thesen zur Rechtsnatur des Instituts wurden jeweils verschiedene Folgerungen für die praktische Anwendung der einstweiligen Anordnung gezogen. Es kann hier dahinstehen, ob die dogmatische Einordnung der Zwischenregelungsbefugnis des Verwaltungsrichters an sich das "Produkt eines juristischen Sandkastengefechtes" ist und alle dazu angestellten Überlegungen auf dem "... eigentümlichen Vorzug des juristischen Theoretikers, auf der Fähigkeit beruhen, sich bei dem Denken juristischer Dinge von den Voraussetzungen ihrer praktischen Verwirklichung freizumachen" und sich weltfremd im "juristischen Begriffshimmel" zu bewegen ³⁵⁾: Jedenfalls sind bis in jüngste Zeit verschiedene dogmatische Systeme der einstweiligen Anordnung entwickelt worden, mit denen eine Gesamtdarstellung dieses Instituts sich auseinandersetzen muß.

1. Der Stand der Meinungen

a) Die einstweilige Anordnung als "materieller Verwaltungsakt"

Bereits Quaritsch ³⁶⁾ hat sich dieser Aufgabe eingehend unterzogen.

Ausgehend von der These, daß die Unterscheidung von Verwaltung und Rechtsprechung bisher auf handliche Kriterien verzichten müsse und es der einfachen, auf die formelle Zugehörigkeit des entscheidenden Organs abstellenden Betrachtungsweise versagt bleibe, gerade die zweifelhaften Fälle zu erfassen, kommt er zu dem Schluß, daß gegen die gelegentliche Kennzeichnung der einstweiligen Anordnung

³⁵⁾ Vgl. Rudolf von Ihering, "Im juristischen Begriffshimmel", 1885, S. 273.

³⁶⁾ die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), S. 215 ff.;

als "materieller Verwaltungsakt" ³⁷⁾ insoweit nichts einzuwenden sei. Dieser Begriffsbildung liege aber, so meint er weiter, offenbar die Vorstellung zugrunde, Staatsakte nach Gegenstand und Inhalt der einen oder anderen Gewalt zurechnen zu können. Diese Merkmale seien indessen untauglich, Verwaltung und Rechtsprechung zu trennen ³⁸⁾, weil jede gerichtliche Entscheidung einen Bereich erfasse, in dem auch die Prozeßparteien entsprechende Tatbestände setzen könnten. So sei, beispielsweise, die Anordnung des Zivilgerichts über das Getrenntleben oder den Unterhalt (§ 627 ZPO) ebensowenig "materiell" ein Akt ehelichen Lebens, wie eine einstweilige Anordnung des Internationalen Gerichtshofes, die einer Prozeßpartei ein bestimmtes Verhalten gegenüber den Staatsangehörigen einer anderen Prozeßpartei auferlege, nicht materiell Ausübung fremder Hoheitsgewalt sei ³⁹⁾.

b) Die einstweilige Anordnung als Rechtsprechungsakt
("Ausfluß eigentlicher Gerichtsgewalt")

Der einstweiligen Anordnung fehle freilich das Merkmal abschließender, endgültiger Entscheidung, das nach einer Meinung allein den Rechtsprechungsakt kennzeichnen soll ⁴⁰⁾, denn sie könne abgeändert werden und sei vorläufig und auflösend bedingt durch das instanzendigende Urteil. Gleichwohl könne diese Tatsache nicht dazu führen, die einstweilige Anordnung aus dem Bereich der Rechtsprechungsakte auszuschneiden und auf eine, der Prozeßrechtslehre zugängliche Fixierung zu verzichten. Jedes Gericht müsse die Möglichkeit haben zu verhindern, daß ein Beteiligter

37) so Eyermann-Fröhler, VGG, 2.Aufl. 1954, Anhang zu § 51, Erl. I 3 a; dieselben VwGO, 2.Aufl. 1962, § 123 RdNr.9; ähnlich Oswald, DÖV 1956, S. 237;

38) so auch BVerwG, BVerwG E 5, 71, 72; Menger, VerwArch. 49 (1958) S. 178 ff.; 51 (1960) S. 64 ff.; Bettermann, DÖV 1959, S. 763;

39) Vgl. StIG E 5, S. 11 ff..

40) der Rechtsprechungsakt als "Letztentscheidung", vgl. Menger, VerwArch. 49, 179 f.; 51, 66;

das von ihm gewünschte oder gefürchtete Ergebnis des Verfahrens eigenmächtig vorwegnehme oder vereittle. In diesem Sinne sei die einstweilige Anordnung Ausübung und Ausfluß eigentlicher Gerichtsgewalt, unterscheide sich von den Akten der Prozeßleitung dadurch, daß sie nicht das Verhalten der Parteien gegenüber dem Gericht, sondern der Parteien untereinander regle und vom Urteil dadurch, daß sie nicht notwendig endgültig, wenigstens instanzbeendigend entscheide. Sie sei deshalb Rechtsprechungsakt, weil auch in diesem Falle das Verwaltungsgericht den Parteien als "unbeteiligter Dritter" und spezielles Rechtsprechungsorgan ⁴¹⁾ gegenüberstehe und durch verselbständigten Ausspruch kraft staatlicher Autorität entscheide, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Tatbestand im Einzelfall rechtens sei ⁴²⁾.

Daran ändere sich auch durch die Einschaltung richterlichen Ermessens nichts. Dieses beziehe sich ohnehin nicht auf die Tatbestandsseite, so daß die Antwort auf die Frage, ob der gegebene Tatbestand die vorgesehene Rechtsfolge, nämlich die einstweilige Anordnung auslösen solle, nicht im Entschließungsermessen des Gerichts stehe, sondern eine Rechtsentscheidung darstelle. Das Ermessen beziehe sich vielmehr kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nur auf die Wahl der Mittel (§ 123 VwGO i.V.m. § 938 ZPO). Die Einräumung richterlichen Ermessens sei aber nur eine Folgerung des Gesetzgebers aus der unübersehbaren Fülle möglicher Störungen und dem Zwang, diesen Störungen fallgerecht zu begegnen ⁴³⁾. Die Einschaltung eines Auswahlermessens sei deshalb nicht Entleihe eines exekutiven Privilegs, sondern Wesensmerkmal eines richterlichen Verfahrensinstrumentes.

41) vgl. Bettermann, DÖV 1959, S. 763;

42) Vgl. Bötticher, ZZP 51, (1926), S. 207 ff.;

43) So schon die Begründung des II. Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung (1872) § 749 S. 592.

c) Die einstweilige Anordnung als reiner Akt der Rechtsprechung (reine Rechtsanwendung)

Zum gleichen Ergebnis kommt in jüngster Zeit Obermayer ⁴⁴⁾. Man könne zwar, so meint er, die einstweilige Anordnung nach ihrem Gestaltungseffekt als "vorläufigen Verwaltungsakt" bezeichnen ⁴⁵⁾, doch sei diese Kennzeichnung für die Bestimmung ihrer staatsrechtlichen Funktion ohne theoretischen und praktischen Gewinn. Denn sie gründe in der Vorstellung, daß die typische Aufgabe der Verwaltung in der Vornahme rechtsgestaltender Maßnahmen bestehe, während die Rechtsprechung auf Streitentscheidung und Verhängung von Strafen beschränkt sei. Nach unserer Verfassungsordnung sei jedoch für die Grenzziehung zwischen zweiter und dritter Gewalt - zwischen Verwaltungsakt und richterlichem Akt - nicht auf die Auswirkung einer Maßnahme, sondern auf die Qualität des handelnden Organs abzustellen ⁴⁶⁾. Dementsprechend sei jede Maßnahme, die von sachlich, persönlich und organisatorisch unabhängigen Richtern in einem prozeßförmigen Verfahren getroffen werde, ein Akt der rechtsprechenden Gewalt ohne Rücksicht darauf, ob sie nur eine bestehende Rechtslage verbindlich kläre oder - wie z.B. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - gestaltend die bestehende Rechtslage verändere. Diesen Voraussetzungen entspreche die einstweilige Anordnung in vollem Maße.

d) Die einstweilige Anordnung als dem Richter übertragener Exekutivakt

Am eingehendsten befaßt sich Rohmeyer ⁴⁷⁾ in neuester Zeit mit der Rechtsnatur der verwaltungsgerichtlichen Zwischen-

44) Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, S. 881 f..

45) so Eyermann-Fröhler, VwGO, 4. Auflage (1965), § 123, RdNr. 13;

46) Vgl. dazu auch Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, (1964), S. 67 f.; ders. in DVBl. 57, 263 ff.; BVerfG E 10, 200 ff. mit Besprechung von Menger in VerwAch. 51, 272 f.; BVerfG, NJW 62, 1495 ff..

47) a.a.O., S. 150 ff.;

regelungsbefugnis. Er kommt aufgrund neuer Kriterien zu anderen Ergebnissen als die übrigen neueren Untersuchungen. Seine Ausführungen sollen daher den Ausgangspunkt der nachfolgenden Erörterung bilden.

Rohmeyer ⁴⁸⁾ setzt sich zunächst von der Argumentation ab, die Kennzeichnung der einstweiligen Anordnung als "materieller Verwaltungsakt" richte sich unzulässigerweise nach dem gegenständlichen Bereich des beurteilten Sachverhalts aus ⁴⁹⁾. Zwar seien die früheren Vertreter dieser Kennzeichnung ⁵⁰⁾ ersichtlich von der Vorstellung der "Verwaltungsgerichtsbarkeit als Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln" ⁵¹⁾ ausgegangen; diese Auffassung von "interner Kontrolle der Verwaltung" sei allerdings überwunden ⁵²⁾ und könne angesichts der unzweifelhaften Ausgestaltung der Verwaltungsgerichte als echte Organe der Gerichtsbarkeit (§ 1 VwGO, Art. 92 GG) keine Geltung mehr beanspruchen. Die Qualifizierung des Instituts der einstweiligen Anordnung - in den Erscheinungsformen der Sicherungs- und Regelungsanordnung - als Akt exekutiver Gewalt ergebe sich aber weder aus dieser Überlegung noch etwa aus der gleichfalls verfehlten Annahme, daß die Verwaltungsgerichte mit diesen Maßnahmen exekutive Kompetenzen an sich zögen und damit an die Stelle der Verwaltung träten ⁵³⁾, sondern aus einer kritischen Würdigung dieses Instituts am Maßstab der zu Art. 92 GG entwickelten Rechtsprechungs-begriffe. Dieser rechtsdogmatischen Lehre vom Rechtsprechungs-begriff werde aber die richterliche einstweilige Anordnung als rechtsschöpferische Gestaltungsmaß-

48) a.a.O., S. 150;

49) So Quaritsch, a.a.O., S. 215 ff..

50) Eyermann-Fröhler, VGG, Anh.nach § 51, Anm. I 3 a; ders. VwGO, 2.Aufl. 1962, § 123 RdNr. 9; auch Oswald, a.a.O., S. 237;

51) so z.B. Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch. 2 (1894) S. 74; auch noch Loening, Die VO Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 49, 85;

52) h.L. vgl. Menger, System S. 58 ff.; Quaritsch, a.a.O., S. 217; Naumann, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S.19 ff.;

53) so: Begründung zur VwGO, Entwurf der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten 1950 - zit.nach van Husen, Vorarbeiten ... a.a.O., S.550, der deswegen die Einführung der einstweiligen Anordnung ablehnte;

nahme unter keinem Aspekt gerecht.

Rohmeyer gelangt zu diesem Schluß, indem er zunächst davon ausgeht, daß auch Gerichte Verwaltungsfunktionen wahrnehmen könnten, ohne daran durch Art. 20 und 92 GG gehindert zu sein ⁵⁴⁾. Er mißt sodann die Sicherungsanordnung und die Regelungsanordnung an dem rechtsfindenden Rechtsprechungsbegriff ⁵⁵⁾ der herrschenden Lehre und kommt zu dem Ergebnis, daß zwar die Tatbestandsseite der einstweiligen Anordnung rechtssatzmäßig geregelt sei, daß der Gesetzgeber aber dem Richter keine Rechtsfolgeanordnung in - bestimmten oder unbestimmten - Rechtsbegriffen vorgegeben habe. Vielmehr sei hier dem Richter eine echte Ermessensentscheidung anheimgegeben, die sich nicht als Ausübung eines "billigen Ermessens" begreifen lasse ⁵⁶⁾. Damit sei aber zugleich klargestellt, daß die einstweilige Anordnung m a n g e l s v o r g e g e b e n e r r e c h t l i c h e r I n t e r e s s e n w e r t u n g des Gesetzgebers keine Rechtsfindung im Sinne der herrschenden Lehre bedeute und daher aus dem Bereich rechtsprechender Maßnahmen im Sinne der herrschenden Lehre auszuschneiden habe.

Die richterliche einstweilige Anordnung stelle auch nicht deshalb einen rechtsanwendenden Rechtsfindungsakt dar, weil sie gewohnheitsrechtliche oder aus allgemeinen Rechtsgedanken fließende, über das kodifizierte Recht hinausgehende Rechtsfolgebestimmungen der Rechtsordnung vollziehe, denn eine "materielle Stillhaltepflicht" der Parteien sei unserem Recht fremd ⁵⁷⁾.

Ebensowenig lasse sich dieses Institut begreifen als "Ausfluß richterlicher Streitherrschaft" oder mit einem argumentum a maiore ad minus dahin, daß dem Richter die Entscheidung in der Hauptsache zukomme, er folglich erst recht eine Zwischenentscheidung müsse treffen können. Denn das argumentum a maiore ad minus verkenne den qualitativen

54) S. 82 ff.. 55) S. 88 ff.; 56) S. 115.

57) S. 120.

Unterschied zwischen einstweiliger Anordnung und der Hauptsacheentscheidung. Die These von der richterlichen Streitherrschaft erweise sich weniger als das Ergebnis rechtsdogmatischer Prüfung, denn als rechtspolitisches Postulat, so daß auch hiermit nicht der Rechtsprechungscharakter der einstweiligen Anordnung begründet werden könne ⁵⁸⁾. Schließlich könnten Sicherungs- und Regelungsanordnung auch nicht unter dem Gesichtspunkt rechtsfindender Schnellprüfung als Rechtsprechungsakte angesehen werden, weil die Zwischenregelung rechtsgestaltend und damit qualitativ verschieden von der Endentscheidung sei und diese im übrigen nicht vorwegnehmen dürfe ⁵⁹⁾.

Rohmeyer erörtert sodann die einstweilige Anordnung unter dem Gesichtspunkt der Lehre vom Rechtsprechungsakt als Letztentscheidung ⁶⁰⁾ und kommt zu dem Ergebnis, daß sich hiernach zwar die Rechtsprechungsqualität bejahen ließe, daß aber dieser Rechtsprechungsbegriff selbst keine gültige Grundlage für die Prüfung des rechtlichen Gehaltes einer staatlichen Maßnahme abgeben könne ⁶¹⁾.

Schließlich wird die einstweilige Anordnung auch am historischen Rechtsprechungsbegriff gemessen und festgestellt, daß diese Begriffsbildung keinen zulässigen Prüfungsmaßstab für die Erfordernisse des Art. 92 GG abgebe ⁶²⁾.

Rohmeyer kommt schließlich für die - im Gesetz allein geregelten - Formen der Sicherungs- und Regelungsanordnung zu dem Ergebnis, daß diese ihrem Wesen nach den Gerichten zugewiesene Exekutivakte seien. Einer solchen Qualifikation stünden auch keine Bedenken verfassungsrechtlicher Art entgegen, weil das Grundgesetz die Zuweisung exekutiver Maßnahmen an die Träger der rechtsprechenden Gewalt nicht ausschließe und weil auch die in Art. 19 Abs. IV GG liegende Garantie vorläufiger Rechtsschutzinstitute nicht ver-

58) S. 128. 59) S. 131. 60) S. 132 ff.;

61) S. 141. 62) S. 146.

biete, solchen vorläufigen Rechtsschutz durch Maßnahmen materiell exekutiven Charakters zu gewähren ⁶³⁾.

Die Leistungsanordnung hingegen sei keine schöpferische Gesaltung, sondern rechtsanwendende Rechtsfindung und erfülle damit das grundlegende Kriterium einer Rechtsprechungsmaßnahme im Sinne des Art. 92 GG, wie ihn die herrschende Lehre interpretiere. Denn hier werde eine rechtlich determinierte Entscheidung über die Zuerkennung einstweiliger - aber im Effekt endgültiger - Notbedarfsleistungen getroffen ⁶⁴⁾. Auch nach dem Begriff des Rechtsprechungsaktes als Letztentscheidung und dem historischen Rechtsprechungs-begriff treffe die Einordnung der Leistungsanordnung als Rechtsprechungsakt zu.

2. Stellungnahme

a) Die verschiedenen Rechtsprechungs-begriffe

Rohmeyer geht bei der dogmatischen Einordnung der einstweiligen Anordnung von den zu Art. 92 GG entwickelten Rechtsprechungs-begriffen aus. Nach dieser Verfassungsnorm ist "die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut". Dies bedeutet nach heute wohl herrschender Lehre, daß jede Tätigkeit, die sich als Rechtsprechung darstellt, letztlich dem Richter vorbehalten sein muß, womit jedoch kein Verbot der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch den Richter verbunden ist ⁶⁵⁾. Die Aufgabe der Theorien zum Rechtsprechungs-begriff des Art. 92 GG besteht daher lediglich darin, einen fest umrissenen Bereich von Funktionen, die sich materiell als Rechtsprechung qualifizieren lassen,

63) S. 163. 64) S. 170.

65) Vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 220 f.; Menger, Höchst-richterliche Rechtsprechung, VerwArch. 49 (1958) S. 178; Ule, Verfassungsrecht und Verfassungsprozeß, DVB1. 59, 537; ders. Urteilsanmerkung JZ 58, 629; Leferinghausen, Diss. S. 3; st.Rspr.; vgl. BVerwG, NJW 58, 1698 m.w. Nachw..

dem Richter zuzuweisen ("Richtermonopol"). Dieses Problem erweist sich als nahezu unlösbar und zählt noch heute zu den umstrittensten Gebieten des Staatsrechts ⁶⁶⁾. Während einerseits die Möglichkeit eines materiellen Rechtsprechungsbegriffes ganz geleugnet wird und die dogmatische Einordnung allein von der tatsächlichen Zuweisung der jeweiligen Materie zur Rechtsprechung oder Verwaltung ausgeht ("Was dem Richter übertragen ist, ist Rechtsprechung") ⁶⁷⁾, wird andererseits die Unterscheidung darin gesehen, daß bei der Rechtsprechung das Recht als Selbstzweck angewandt wird, während es die Verwaltung als Mittel zum Zweck benutzt ⁶⁸⁾. Wieder andere sehen das ausschlaggebende Unterscheidungskriterium in der Verschiedenartigkeit der Bindungswirkung zwischen rechtsprechendem und verwaltendem Handeln dergestalt, daß der Rechtsprechungsakt "den verselbständigten Ausspruch dessen darstellt, was im Einzelfall rechtens ist" ⁶⁹⁾. Schließlich wird auch auf die Stellung des Entscheidenden als unabhängigem und neutralem Dritten abgestellt ⁷⁰⁾.

Gemeinsam ist den angeführten Lehrmeinungen jedoch als übereinstimmendes Kriterium, daß Rechtsprechung nur dort vorliegt, wo der Inhalt der Entscheidung einem Rechtssatz entnommen wird, wo also **R e c h t s a n w e n d u n g** vorliegt. Man kann daher das Kriterium der Rechtsanwendung mit Rohmeyer ⁷¹⁾ als integrierendes Merkmal der herrschenden Meinung bezeichnen.

66) Vgl. Menger, System, S. 21.

67) so Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), S. 34 ff., 42; auch Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925), S. 238, 259 f.; Gossrau, Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 vereinbar?, NJW 58, 929 ff. (931);

68) So Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (8. Aufl.) S. 7 f.; Rosenberg, Lb., S. 33; Menger, HRR, VerwArch. 51 (1960) S. 64 (66).

69) So Maunz, Staatsrecht, S. 219; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 20 RdNr. 85; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 68; Quaritsch, a.a.O., S. 216; Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, a.a.O., S. 362.

70) So Ule, Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, DRIZ 1950, 225 ff. (226); BVerwGE 5, 69 ff..

71) a.a.O., S. 90, Fußn. 38 mit eingehenden Nachweisen;

Demgegenüber wird hauptsächlich von Menger ⁷²⁾ ein neuer Rechtsprechungs-begriff vertreten, in dem vom materiellen Inhalt des Rechtsprechungsaktes ganz abgesehen wird (sei es nun Rechtsfindung oder Gestaltung) und als ausschlaggebendes Kriterium die Aufgabe und der Zweck des jeweiligen Aktes bezeichnet wird, eine abschließende, endgültige Entscheidung herbeizuführen.

Schließlich und endlich wird noch darauf abgestellt, daß zwar für den Kern richterlicher Tätigkeit die von der (oben angedeuteten) herrschenden Meinung herangezogenen Merkmale für den Hauptbereich rechtsprechender Tätigkeit zuträfen, daß es aber darüber hinaus noch weitere, historisch gewachsene richterliche Tätigkeitsbereiche gebe (z.B. die Freiwillige Gerichtsbarkeit), die zwar nicht diesen Kriterien entsprächen, die aber dennoch durch Art. 92 GG nicht aus dem Bereich der echten Rechtsprechung eliminiert worden seien ⁷³⁾.

Auf eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Theorien kann und muß im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Vorerst genügt die Feststellung, daß alle Theorien das Ziel verfolgen, gewisse vorgegebene Materien staatlicher Funktionen den Organen der Verwaltung bzw. der Rechtsprechung zuzuordnen.

b) Die gesetzliche Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung

Grundlage für die Einordnung der einstweiligen Anordnung in das System der Staatsfunktionen muß indessen die positive Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung sein, die bestimmt:

§ 123 Abs. I S. 1 VwGO:

Auf Antrag kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegen-

72) VerwArch. 49, 178 ff.; 273 ff.; 50, 193 ff.; 51, 64 ff.;

73) So Baur, Begriff der Rechtsprechung, S. 512 f., 519; Bachof, Vornahmeklage, S. 18.

stand treffen, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 123 Abs. I S. 2 VwGO:

Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

§ 123 Abs. III VwGO in Verbindung mit § 938 Abs. I ZPO:

Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

aa) Die Tatbestandsseite

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Anordnungen sind in Bedingungssätzen festgelegt, die in beiden Fällen mit "wenn" beginnen ⁷⁴⁾. Der grundlegende Ansatzpunkt der richterlichen Entscheidungsbefugnis bleibt hierbei unbenannt und wird vom Gesetzgeber offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt. Dieser besteht darin, daß zwischen verschiedenen Rechtsträgern ein **S t r e i t** besteht, sich also unvereinbare Interessen gegenüberstehen, über deren Ausgleich die Parteien verschiedener Ansicht sind. Wenn in § 123 Abs. I S. 1 und S. 2 VwGO von "Streitgegenstand" und "streitigem Rechtsverhältnis" die Rede ist, dann wird hierbei das Vorliegen eines "Streites" im angeführten Sinne stillschweigend vorausgesetzt. Es werden dann die daraus zwischen verschiedenen Rechtsträgern erwachsenen, in den Bedingungssätzen näher umrissenen Gefährdungssituationen für rechtlich erhebliche Belange der Parteien tatbestandlich typisiert ⁷⁵⁾. Voraus-

⁷⁴⁾ Vgl. Schüle, a.a.O., S. 63; Rohmeyer, a.a.O., S. 99.

⁷⁵⁾ Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 99.

setzung für den Erlaß richterlicher Zwischenregelungen ist daher das Bestehen eines noch unentschiedenen Rechtsstreites - der in der Hauptsache noch nicht anhängig zu sein braucht - (§ 123 Abs. I, 2. Hs. VwGO) im Rahmen dessen es zu einer Gefährdung von rechtlichen Belangen der Parteien in ihrem Verhältnis zueinander kommen kann.

Der Gesetzgeber hat für die allgemeine einstweilige Verfügung des Zivilprozesses und - durch die inhaltliche Übernahme dieser Vorschrift in die Verwaltungsgerichtsordnung - auch für die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß darauf verzichtet, die Voraussetzungen für das Eingreifen richterlicher Zwischenregelungsbefugnisse in juristisch genaue und eindeutige Begriffe zu fassen, wie das bei Spezialregelungen richterlicher Interimsmacht allenthalben geschehen ist ⁷⁶⁾. Diese weite Fassung der tatbestandlichen Voraussetzungen in § 123 VwGO resultiert aus der unüberschaubaren Fülle möglicher Konfliktsituationen und ist für die sachgerechte Handhabung des Instituts der einstweiligen Anordnung unentbehrlich. Gleichwohl handelt es sich bei allen auf der Tatbestandsseite des § 123 VwGO erscheinenden Merkmalen um **R e c h t s b e g r i f f e**. Dies trifft in erster Linie auf die "Veränderung des bestehenden Zustandes" und auf ein "Recht des Antragstellers" in § 123 Abs. I S. 1 VwGO, wie auch auf den Begriff der "dauernden Rechtsverhältnisse" in § 123 Abs. I S. 2 VwGO zu; es handelt sich hier um "bestimmte Rechtsbegriffe", deren Gehalt von Rechtsprechung und Lehre eindeutig festgelegt wurde ⁷⁷⁾ und deren Vorliegen vom Richter stets durch einfache Subsumtion festgestellt werden kann.

Weniger eindeutig determiniert sind hingegen die Begriffe, die der Gesetzgeber zur Typisierung der konkreten Gefahren-

76) Z.B. in § 899 BGB, wo die tatsächlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des Richters und auch die Rechtsfolgenanordnung eindeutig vorgegeben sind.

77) vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123 RdNr. 6 ff.; Ule, VwGO, § 123, Anm. II 2; Klinger, VwGO, § 123, Anm. B 1, 2; Quaritsch, a.a.O., S. 232 ff.; 342 ff.;

lagen verwendet, zu deren Abwendung die richterliche Zwischenregelungsbefugnis eingreifen soll. Wenn bei der Sicherungsanordnung auf die "Gefahr" einer Vereitelung der Rechtsverwirklichung abgestellt wird und der Gesetzgeber bei der Regelungsanordnung einfach sich mit der "Notwendigkeit" begnügt, für die Dauer des Streites eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen zu treffen, so sind dies Generalklauseln, die sich einer einfachen Subsumtion entziehen und wertender Interpretation bedürfen. Für diese Aufgabe stehen dem Richter jedoch die Grundsätze zur Seite, die im materiellen Polizeirecht für die Inhaltsbestimmung der Begriffe "Gefahr" und "Notwendigkeit" etc. entwickelt worden sind und die heute für das Verwaltungsrecht insgesamt Geltung beanspruchen können ⁷⁸⁾. Es handelt sich dabei nach heutiger Lehre um "unbestimmte Rechtsbegriffe" ⁷⁹⁾, deren Eigenart darin besteht, daß ihr eigentlicher "Begriffskern" (- die Fälle, in denen sich die Subsumtion ohne Schwierigkeiten vollziehen läßt -) im Verhältnis zum "Begriffshof" (- die "Randfälle", in denen die Subsumtion nur anhand wertender Interpretation getroffen werden kann -) sehr gering ist, wo also die "Randfälle" die "eindeutigen Fälle" bei weitem überwiegen ⁸⁰⁾. Die Anwendung solcher "unbestimmten Rechtsbegriffe" durch einen Hoheitsträger ist - ebenso wie selbstverständlich die der

78) Vgl. z.B. § 41 pr.PVG; Drews-Wacke, a.a.O., S. 282; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 138; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 34; Mayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 367.

79) vgl. dazu Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 309 ff.; Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), a.a.O., S. 163; Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S.97 ff.; Czermak, Zum gerichtsfreien Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht, JZ 63, 276 ff.;

80) Vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Art. 20 RdNr. 90; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 114, Anm. II; ders. Verwaltungsprozeßrecht, S. 6 ff., 13 f.; Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1962, 701; Czermak, Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, NJW 1961, 1905.

bestimmten Rechtsbegriffe - nach heute gefestigter Ansicht rechtsanwendende Rechtsfindung⁸¹⁾. Ein Eingehen auf Einzelfragen dieses sehr komplexen Problemkreises im übrigen ist hier ebenso entbehrlich, wie an dieser Stelle eine eingehendere Erörterung der einzelnen angesprochenen Tatbestandsmerkmale. Als allein wesentlicher Gesichtspunkt bleibt in diesem Zusammenhang festzuhalten, daß die Tatbestandsseite der richterlichen Zwischenregelungsbefugnis teils aus bestimmten, teils aus unbestimmten Rechtsbegriffen besteht, deren Anwendung auf den konkreten Einzelfall sich stets als echte, rechtsfindende Rechtsanwendung darstellt⁸²⁾.

bb) Die Rechtsfolgesseite

Nach dem Wortlaut des § 123 Abs. I VwGO k a n n das Gericht, wenn das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen festgestellt ist, als Rechtsfolge eine einstweilige Anordnung erlassen. Die "kann"-Formulierung scheint nun auf ein Entschließungsermessen des Gerichts hinzudeuten dergestalt, daß es in seinem Belieben stünde, ob es die einstweilige Anordnung bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erlassen will oder nicht.

Dieses Ergebnis kann indessen nicht richtig sein. Wenn eine einstweilige Anordnung verfassungsrechtlich aus Gründen der Effektivität des (vorläufigen) Rechtsschutzes verbürgt ist - wie oben dargelegt -, dann muß ihr Erlaß auch zwingendem Recht unterworfen sein. Die mißverständliche "kann"-Formel ist in diesem Sinne nicht als Ermessensindiz zu verstehen, sondern als Ermächtigung des Verwaltungsgewichts zum Erlass der einstweiligen Anordnung gegenüber dem-

81) Vgl. Reuss, Das Ermessen, S. 587; Menger, System, S. 125 m. w. Nachweisen.

82) So auch Quaritsch, a.a.O., S. 217; a.A. nur Klinger, VwGO, § 123, Anm. B 1.

jenigen, zu dessen Lasten sie sich auswirkt⁸³⁾.

Bietet demnach schon der Wortlaut des § 123 VwGO - der aus einem vor 100 Jahren formulierten Gesetz übernommen wurde, das den Begriff des Ermessens mangels dogmatischer Durchdringung noch gar nicht in einem technischen Sinne verwenden konnte⁸⁴⁾ - keinen Anhaltspunkt für die Einräumung richterlichen Ermessens bei Beantwortung der Frage, ob eine einstweilige Anordnung überhaupt erlassen werden muß, so überzeugt eine teleologische Auslegung des § 123 Abs. I S. 2 VwGO vom Gegenteil: Kommt nämlich bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der "Notwendigkeit" das Gericht zu einem positiven Ergebnis, dann widerspräche es der inneren Logik der Vorschrift, wenn es in freier Willkür dennoch von der "notwendigen" Maßnahme Abstand nehmen könnte⁸⁵⁾.

Daß dem Gericht insoweit kein Entschließungsermessen eingeräumt sein kann, wird durch eine weitere Überlegung gestützt: Das Handeln nach Ermessen ist für die - das praktische Leben mit seinen unzähligen Einzelgestaltungen regelnde - Verwaltung, wenn nicht die Regel, so doch typisch, für den in erster Linie auf Rechtsanwendung und Rechtsfindung festgelegten Richter jedoch die Ausnahme und nur dort gestattet, wo seine Erkenntnis nicht die logische Schlußfigur eines am Gesetz orientierten und nachprüfbaren Denkvorganges bilden kann⁸⁶⁾. Dies aber ist bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit zwingender Logik möglich.

83) So Quaritsch, a.a.O., S. 217 f.; Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung ..., a.a.O., S. 884; Fuß, die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 59, 208 f.; Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 1 (ohne Begründung); a.A. Schunck-De Clerck, § 123, Anm. 4 d; Klinger, § 123 B 1; anscheinend auch Rohmeyer, a.a.O., S. 115, der auf der Rechtsfolgeseite zwischen der grundsätzlichen Pflicht des Gerichts zum Erlass einer Maßnahme überhaupt und der Frage, welche Maßnahme im Einzelfall zu treffen ist, nicht trennt.

84) vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 108;

85) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung ..., a.a.O., S. 884.

86) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 217.

Es bleibt daher festzuhalten, daß § 123 VwGO hinsichtlich der Frage, ob grundsätzlich eine Maßnahme zu treffen ist, keinen echten Ermessenstatbestand für das Gericht schafft, sondern die Entscheidung von der rein rechtsfindenden Feststellung der Tatbestandsmerkmale determiniert ist.

cc) Die Auswahl der konkreten Maßnahme

Was den Anordnungsinhalt betrifft, so bestimmt § 123 Abs.III VwGO i.V.m. § 938 ZPO allerdings ausdrücklich, daß das Gericht bei der Auswahl der zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Maßnahmen nach "f r e i e m E r m e s s e n" handle.

Wenngleich dieser aus der Zivilprozeßordnung übernommene Begriff aus den oben dargelegten Gründen auch hier untechnisch zu verstehen ist, so nimmt doch die wohl herrschende Meinung hier einen echten Ermessenstatbestand an⁸⁷⁾, der allerdings die Qualität der einstweiligen Anordnung als Akt der Rechtsprechung deswegen unberührt lasse, weil es sich hier um "r i c h t e r l i c h e s" Ermessen handle.

Rohmeyer hingegen erhebt diesen Passus zum Kernpunkt seines dogmatischen Systems und kommt zu dem Schluß, daß dem Richter hinsichtlich der festzulegenden Rechtsfolge eine "völlig freie, echte Ermessensentscheidung" anheimgegeben sei, die sich nicht als Ausübung eines "billigen Ermessens" begreifen lasse⁸⁸⁾. Daraus folgert er, daß die einstweilige Anordnung (in den Formen der gesetzlich geregelten Sicherungs- und Regelungsanordnung) unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfindung nicht als Rechtsprechungsakt im Sinne des Art. 92 GG angesehen werden könne, sondern einen dem Richter zugewiesenen Akt exekutiver Gewalt darstelle.

87) vgl. dazu Quaritsch, a.a.O., S. 218; Klinger, VwGO, § 123, C 4 a;

88) A.a.O., S. 115.

Den genau gegenteiligen Standpunkt vertritt für diesen Kernbereich der dogmatischen Einordnung Obermayer. Die Entscheidung über die Art der einstweiligen Anordnung ist nach seiner Meinung die Ausfüllung eines "unbestimmten Rechtsfolgebegriffes" ⁸⁹⁾. Er geht davon aus, daß einem Staatsorgan ebenso wie bei der Subsumtion eines Sachverhaltes unter die Tatbestandsseite einer Norm auch bei Festlegung der Rechtsfolge eine gewisse Beurteilungsfreiheit eingeräumt sein könne, wenn die Rechtsfolge durch einen "unbestimmten Rechtsfolgebegriff" umrissen sei. Das sei z.B. dann der Fall, wenn ein Staatsorgan bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen verpflichtet sei, eine Maßnahme zu treffen, weil diese dort etwa als "notwendig" bezeichnet wird, hinsichtlich der Art und Weise der Maßnahme im Gesetz aber keine vorgezeichneten Regelungen enthalten seien ⁹⁰⁾. In solchen Fällen sei dem Staatsorgan kein echtes Ermessen eingeräumt, sondern die Bestimmung der erforderlichen Maßnahme richte sich dann nach den gleichen Grundsätzen, wie die Verwirklichung einer durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bestimmten Tatbestandsvoraussetzung: Entscheidend sei, daß das Staatsorgan bei sachverständiger Beurteilung die konkrete Maßnahme als erforderlich betrachten dürfe, ohne daß es darauf ankäme, ob nicht auch andere Maßnahmen dem Grundsatz der Erforderlichkeit genügt hätten ⁹¹⁾. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes über die Art der Maßnahme sei daher ebensowenig ein Ermessensakt wie die Feststellung des Tatbestandes (soweit es sich um unbestimmte Tatbestandsmerkmale handelt); erst wenn das Gericht nach sachverständiger Würdigung des Falles zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß mehrere Maßnahmen in gleicher Weise als erforderliche einstweilige Anordnungen in Betracht gezogen werden dürften, könne es ermessensweise eine Auswahl aus verschiedenen rechtmäßigen einstweiligen Anordnungen treffen ⁹²⁾.

89) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung ..., a.a.O., S. 884.

90) Vgl. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts ..., S.42; Wolff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 146.

91) Obermayer wie vor.

92) Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung, a.a.O., S. 884.

Dieser dogmatischen Konstruktion ist zuzustimmen. Zwar läßt sich - von der konkreten Maßnahme her betrachtet - eine begriffliche Trennung zwischen der Verpflichtung des Gerichts zum Erlaß einer abstrakten Maßnahme "an sich" und dem konkreten Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Maßnahme nicht durchführen. Diese systematische Unterteilung ermöglicht aber eine genauere Prüfung der Frage, inwieweit der Richter dabei frei schöpferisch tätig wird und inwieweit er sich im Rahmen der rechtsfindenden Rechtsanwendung bewegt.

Zunächst ist nochmals festzustellen, daß dem Richter hinsichtlich des "ob" einer einstweiligen Anordnung keinerlei Entschließungsermessen ⁹³⁾ zukommt. Hat die Subsumtion des Sachverhaltes unter die bestimmten bzw. unbestimmten Rechtsbegriffe der Tatbestandsseite ergeben, daß alle erfordernten Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegeben sind, dann steht bereits damit fest, daß irgendeine Maßnahme getroffen werden muß; die "kann"-Formel ist insoweit nur Eingriffsermächtigung gegenüber der belasteten Partei, nicht Ermessensindiz.

Auch das "wie" der zu treffenden Maßnahme ist kein Problem der gesetzlichen Unbestimmtheit der Rechtsfolge an sich, sondern ausschließlich ein solches der Unbestimmtheit der Rechtsfolgebegriffe ⁹⁴⁾. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Gefahr der Rechtsvereitelung durch Veränderung des bestehenden Zustandes (§ 123 Abs. I S. 1 VwGO) und der Notwendigkeit, wesentliche Nachteile etc. zu verhindern (§ 123 Abs. I S. 2 VwGO) determinieren nämlich nicht nur die Frage danach, ob überhaupt eine Maßnahme zu treffen ist, sondern auch, von welcher Art diese zu sein hat. Wenngleich die Begriffe sehr allgemein und unbestimmt sind, so lassen sich dennoch - wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird - aus dem Sinn und Zweck des § 123 VwGO

93) vgl. z.Begriff Wolff, Lehrbuch I, S. 147;

94) Vgl. zu der Unterscheidung Wolff, I, S. 146.

verbindliche Grundsätze für die Auswahl der Mittel zur Abwehr von Gefahrensituationen für die Rechte der Parteien ableiten. Das Gericht ist dabei primär an einen Antrag der Partei gebunden. Es kann sodann nur Regelungen in bezug auf den Streitgegenstand treffen, die grundsätzlich vorläufiger Natur sein müssen und dabei stets unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit und des Übermaßverbotes sowie einer Abwägung der öffentlichen und der Einzelinteressen zu bewerten sind.

In diesem Sinne kann nicht davon die Rede sein, daß der Inhalt der Zwischenregelungen dem Richter überhaupt nicht vorgezeichnet sei und ihm infolgedessen ein freier Ermessensspielraum zur Verfügung stehe, der nicht im Sinne eines "billigen Ermessens" eingeengt sei ⁹⁵⁾.

Maßgeblich ist stets der Zweck der "Ermessenseinräumung": Es bedeutet einen wesentlichen Unterschied, ob die Wahl zwischen verschiedenen möglichen Verhaltensweisen deshalb gegeben ist, weil diese untereinander rechtlich gleichwertig sind und allein Zweckmäßigkeitserwägungen maßgeblich sein sollen, oder ob das Ermessen deswegen eingeräumt ist, weil die zu treffende Entscheidung zwar gerechtigkeitsbezogen ist, der Gesetzgeber aber wegen der Vielheit der im Einzelfall gegeneinander abzuwägenden Gesichtspunkte sich nicht in der Lage sah, für alle Fälle im Voraus eine Regelung zu treffen ⁹⁶⁾. Ein typisches Beispiel für ein "Ermessen" der letzteren Art, das in der Gerichtsbarkeit häufiger als in der Verwaltung vorkommt und daher als "richterliches Ermessen" bezeichnet wird, bildet die Zurverfügungstellung eines Straf- und Gebührenrahmens ⁹⁷⁾.

Ebenso verhält es sich bezüglich der Auswahl der Maßnahmen bei der einstweiligen Anordnung: Der Zweck ist durch die unbestimmten Rechtsbegriffe abgesteckt, die Auswahl der

⁹⁵⁾ So aber Rohmeyer, a.a.O., S. 123.

⁹⁶⁾ Vgl. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 98.

⁹⁷⁾ Vgl. Bachof, wie vor.

Mittel kann und muß von Fall zu Fall verschieden sein. Dabei können unter Beachtung der angeführten rechtlichen Kriterien auf den Einzelfall bezogen niemals zwei verschiedene Maßnahmen rechtlich gleichwertig sein; die zweckmäßigste ist stets auch die einzig rechtmäßige. Das "Ermessen" des Gerichts bezieht sich also nicht auf eine Auswahl mehrerer rechtlicher Möglichkeiten im konkreten Einzelfall, sondern auf die Befugnis, jeweils die dem Einzelfall allein angemessene, wegen der Vielgestaltigkeit nicht näher typisierbare Entscheidung zu treffen. Die Einschaltung "richterlichen Ermessens" insoweit ist daher, um mit Quaritsch zu sprechen ⁹⁸⁾, nicht Entleihe eines exekutiven Privilegs, sondern Wesensmerkmal eines richterlichen Verfahrensinstruments.

Der Richter entscheidet in diesem Sinne bei Erlaß der einstweiligen Anordnung nicht, was an Sicherungsmaßregeln für Streitdauer gelten soll, sondern was nach vorgegebenen Normen Recht ist. Inwieweit die normative Fixierung des "ob" und "wie" der einstweiligen Anordnung durch die angesprochenen unbestimmten Rechts- und Rechtsfolgebegriffe bestimmt oder unbestimmt ist, macht nur einen quantitativen Unterschied: "Ein einziger rechtlicher Gesichtspunkt, und sei er noch so allgemein gehalten" ⁹⁹⁾ gibt der Entscheidung dann den Charakter eines Rechtsprechungsaktes, wenn sich aus diesem Orientierungspunkt die Zweckrichtung der Norm mit hinreichender - wenn auch noch so genereller und auslegungsbedürftiger - Bestimmtheit ergibt, d.h. für den Richter vollziehbare Rechtsbegriffe enthält ¹⁰⁰⁾.

Bei Erlaß richterlicher Zwischenregelungen wird daher Recht durch Subsumtion und Interpretation gefunden, nicht aber frei wertend geschaffen. Die einstweilige Anordnung stellt sich demgemäß als Rechtsprechungsakt im Sinne der herrschenden Lehre dar.

⁹⁸⁾ a.a.O., S. 218;

⁹⁹⁾ vgl. Schüle, a.a.O., S. 64, Anm. 6, S. 65; im Erg. auch Eichhorn, Diss. S. 109 ff.;

¹⁰⁰⁾ Vgl. zu dieser Problematik BGHZ 11, Anh. S. 34 ff. (51, 54).

Dem steht auch nicht die Erwägung entgegen, daß die Ausrichtung an rechtlichen Richtpunkten in einem Rechtsstaat im Prinzip jeder hoheitlichen Maßnahme eigen ist ¹⁰¹⁾. Der Gesetzgeber kann die Abwägung der Interessen niemals vollständig, in einer alle Fälle umfassenden Weise in Normen fassen, so daß einerseits im Bereich rechtsfindender Gesetzesanwendung der Hoheitsträger in Zweifelsfragen der Interpretation und der Subsumtion in einem schwer zu bestimmenden Maß auf Zweckmäßigkeitserwägungen zurückgreift ¹⁰²⁾, die echter Rechtsfindung an sich fremd sind, während andererseits auch bei Ermessensentscheidungen oder freigestaltenden Maßnahmen sich der Hoheitsträger nicht völlig von rechtlichen Gesichtspunkten lösen kann, obwohl sie dem Bereich von Zweckmäßigkeitserwägungen wesensfremd sind ¹⁰³⁾.

Daraus ergibt sich jedoch nicht, wie Rohmeyer ¹⁰⁴⁾ meint, daß die Orientierung an rechtlichen Richtpunkten noch kein Argument für den Rechtsprechungscharakter der entsprechenden Akte sei: Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist lediglich, ob diese Orientierung der Erkenntnis der durch den Gesetzgeber v o r g e g e b e n e n Interessenbewertung dient oder ob man sie am allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip ¹⁰⁵⁾ - das nicht durch positivrechtliche Normen konkretisiert ist - zum Zwecke der eigenen wertenden Rechtsschöpfung ausrichtet. Wenn dem nicht so wäre, müßte die Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung nach materiellen Gesichtspunkten überhaupt aufgegeben werden ¹⁰⁶⁾.

101) Art. 20 Abs. III GG; vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 110.

102) vgl. Schüle, a.a.O., S. 64, 65; dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 113;

103) Vgl. Klein, Friedrich, a.a.O., S. 78 ff..

104) a.a.O., S. 113 ff.;

105) vgl. Menger, System, S. 26 f.; Klein, Friedrich, a.a.O., S. 86 f.;

106) Wie z.B. durch Menger, VerwArch. 49, 178 ff.; 273 ff.; 50, 193 ff.; 51, 64 ff..

Zusammenfassung

a) Die einstweilige Anordnung als Akt rechtsprechender Gewalt

Die Befugnis des Richters, im Verwaltungsprozeß einstweilige Anordnungen zu erlassen, stellt sich als Rechtsprechungsakt im Sinne der herrschenden Lehre dar, die das Kriterium der Rechtsfindung zur materiellen Abgrenzung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung benutzt und davon ausgeht, daß alles, was nicht als (Gesetzgebung oder) Rechtsprechung zu qualifizieren ist, Verwaltung darstellt ¹⁰⁷⁾. Auf die davon abweichenden Begriffe der "Rechtsprechung als Letztentscheidung" und den "historischen Rechtsprechungsbegriff" kann und braucht hier nicht eingegangen werden, da diese Theorien die Abgrenzung nicht nach materiellen Gesichtspunkten vornehmen und daher für den materiellen Gehalt des Rechtsprechungsaktes nicht verwendbar sind ¹⁰⁸⁾.

Die Tatbestandsseite des § 123 Abs. I VwGO besteht aus bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen. Die Subsumtion des Sachverhaltes unter diese Begriffe ist stets Rechtsfindung. Die Verbindung der Tatbestandsseite mit der Rechtsfolgeseite durch die "kann"-Formel in § 123 Abs. I VwGO ist kein Ermessensindiz, sondern lediglich Ermächtigung für das Gericht zum Eingriff in die Rechtssphäre desjenigen, zu dessen Lasten die einstweilige Anordnung sich auswirkt. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen muß daher vom Gericht eine Maßnahme getroffen werden.

Auch die Prüfung der Frage, welche konkrete Maßnahme im Einzelfall anzuordnen ist, ist kein Akt freier gestaltender Rechtsschöpfung, sondern ein rechtsfindender Erkenntnisakt.

107) Vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 220; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, RdNr. 74 ff..

108) Vgl. dazu eingehend Rohmeyer, a.a.O., S. 132 ff.;
141 ff..

Denn dem Gericht sind durch die Zweckbestimmung der einstweiligen Anordnung als "notwendiger" Regelung zur Abwehr von "Gefahren" für eine Partei unbestimmte Rechtsfolgebegriffe vorgegeben, deren Ausfüllung Rechtsfindung bedeutet, die wiederum gegenständlich determiniert wird durch die Kriterien des Antrags, des Streitgegenstandes und der Vorläufigkeit der Regelung.

Dem steht nicht entgegen, daß gemäß §§ 123 Abs. III VwGO, 938 Abs. I ZPO das Gericht nach "freiem Ermessen" bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Denn das Gericht ist bei der Auswahl der Maßnahmen weder "frei", sondern vielmehr an die Ausfüllung der vorgenannten Rechtsfolgebegriffe gebunden, noch steht ihm ein echtes "Auswahlermessen" im Sinne der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre zu. Das Gesetz gewährt dem Richter das "Ermessen" nicht dergestalt, daß es auf den Einzelfall bezogen mehrere verschiedene Entscheidungen als rechtlich gleichwertig ansieht, sondern deshalb, weil wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Störungen und der Notwendigkeit, diesen von Fall zu Fall sachgerecht zu begegnen, eine präzise Rechtsfolgebestimmung nicht möglich erschien und daher dem Richter die Aufgabe zugewiesen werden mußte, durch Ausfüllung der vorgegebenen Rechtsfolgebegriffe die jeweils einzig richtige Maßnahme zu treffen. Damit aber fügt sich dieses "Ermessen" in dieselbe Kategorie ein, die z.B. in §§ 315, 317, 319, 343, 660, 745 Abs. 11, 847, 971 Abs. I S. 2, 1024, 1246, 1300, 2048, 2156 BGB; 741 Abs. I HGB vorkommt oder vor allem ihren Ausdruck in der Gewährung eines Strafrahmens bei der Strafzumessung findet ¹⁰⁹⁾.

Sollten bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung sich mehrere, t a t s ä c h l i c h v e r s c h i e d e n e
M a ß n a h m e n a l s r e c h t l i c h g l e i c h w e r t i g

109) Vgl. dazu Leferinghausen, Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung, Diss. Bonn 1961, S. 91 ff..

erweisen, so kann der Richter zwar ermessensweise eine Auswahl treffen; diese Entscheidung ist aber - mangels möglicher Beschwer - für die rechtliche Betrachtung irrelevant.

b) Vereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Gewaltenteilungsprinzip und Auswirkungen im Grundsätzlichen

Das in Art. 20 Abs. II S. 2 GG verankerte Gewaltenteilungsprinzip besagt in seiner klassischen Form ¹¹¹⁾, daß die als solche unteilbare Staatsgewalt von drei besonderen Organen - Legislative, Exekutive und Jurisdiktive - ausgeübt wird, denen bestimmte staatliche Funktionen zugeordnet sind, in deren Kernbereich die jeweils anderen Gewalten nicht eingreifen dürfen ¹¹²⁾. Dieses Prinzip stellt sich nicht lediglich als "Arbeitsteilung" unter dem Gesichtspunkt organisatorischer Zweckmäßigkeit dar, sondern soll die staatliche Machtausübung im Interesse der Wahrung der Individualrechte abschwächen und relativieren. Das Gewaltenteilungsprinzip - das in unserem Verfassungsrecht nicht restlos durchgeführt ist ¹¹³⁾ - versteht sich daher als Gewalten t r e n n u n g und wechselseitige Kontrolle der einzelnen Gewaltenträger.

Diesem Zweck dient aber die einstweilige Anordnung in vollem Maße, denn ihre Aufgabe ist es, die der Rechtsprechung zugeordnete Entscheidung in der Hauptsache in ihrer Effektivität zu sichern. Freilich greift sie durch ihre - wenn auch nur vorläufige - Gestaltungswirkung in den Bereich der Verwaltung über und die Möglichkeit einer irreparablen Gestaltung ist meist gegeben. Was die grundsätzliche Berechtigung verwaltungsgerichtlicher Zwischenregelungsbefugnisse betrifft, tritt jedoch die Gefahr, daß die Sicherungsfunktion auch einmal unrichtigerweise eine irreparable Befriedigung bewirkt, im allgemeinen zurück hinter dem wichtigen

111) vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 75 ff. zu Art. 20;

112) Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 81 zu Art. 20.

113) Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 79 zu Art. 20;

rechtsstaatlichen Anliegen eines wirksamen Individualrechtsschutzes. Nach welchen Grundsätzen dabei das Gemeininteresse und das Einzelinteresse abzuwägen sind, wird noch darzulegen sein.

Aus der Zuordnung der einstweiligen Anordnung zu den Akten der Rechtsprechenden Gewalt folgt, daß sie allein vom Prinzip der Rechtmäßigkeit der Rechtsprechung, nicht aber vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmt wird ¹¹⁴⁾. Die einstweilige Anordnung muß demnach hinsichtlich ihres sachlichen Inhalts nicht auch in den an die Verwaltung adressierten materiell-rechtlichen Normen eine Rechtsgrundlage besitzen ¹¹⁵⁾; maßgeblich ist ausschließlich die prozessuale Vorschrift des § 123 VwGO. Wird im Wege der einstweiligen Anordnung eine vorläufige - etwa bis zur Entscheidung in der Hauptsache - befristete Konzession begehrt, so kann das Gericht dem Antrag auch dann stattgeben, wenn das einschlägige materielle Verwaltungsgesetz nur eine unbefristete Konzession vorsieht (z.B. § 3 Abs. IV GaststG) und daher die Entscheidung in der Hauptsache nur über deren Erteilung oder Versagung befinden kann. Entsprechendes gilt sinngemäß für den Fall, daß die Konzession nur befristet erteilt werden darf (z.B. § 16 PBefG). Die Prüfung des Gerichtes hat sich in diesen Fällen nicht lediglich ¹¹⁶⁾ an der Zulässigkeit eines derartigen Verwaltungsaktes nach materiellem Verwaltungsrecht zu orientieren, sondern an den für § 123 VwGO maßgeblichen - noch zu untersuchenden - Kriterien der Vorläufigkeit, der Notwendigkeit und der Interessenabwägung. Die teleologische Interpretation der materiellen Verwaltungsrechtsnormen - etwa, ob das Verbot befristeter oder unbefristeter Konzessionserteilung zumindest auch den Antragsteller schützen soll - ¹¹⁷⁾ ist im Rahmen dieser Prüfung unerläßlich, hat aber gleichwohl nur indizielle Bedeutung.

114) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, S. 881.

115) so aber OVG Münster v.8.2.1956 - IV D 4/56, zit. bei Obermayer, a.a.O., und Köhler, VwGO, S. 975;

116) wie Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 13, meinen;

117) vgl. Eyermann-Fröhler, a.a.O., S. 975, 976; Köhler, VwGO, S. 975.

Weitere unmittelbare Folgerungen für die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß - etwa hinsichtlich irreparabler Gestaltungen oder ihrer Anwendbarkeit in Ermessens- und Beurteilungssachen - lassen sich indessen aus ihrer Einordnung in die Staatsfunktionen nicht ziehen ¹¹⁸⁾. Maßgeblich hierfür ist ausschließlich die später zu treffende Festlegung des Anwendungsbereiches des § 123 VwGO und seine system- und zweckgerechte Auslegung.

118) Die Deduktionen Rohmeyers, a.a.O., S. 177 ff., überzeugen insoweit nicht.

DRITTER TEIL

Der funktionelle Bereich der einstweiligen Anordnung im System des vorläufigen Rechts- schutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung

Die in § 123 VwGO geregelte einstweilige Anordnung stellt nur ein Teilaspekt des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß dar. Daneben tritt gemäß § 80 Abs. I S. 1 VwGO der Suspensiveffekt. Dieser hat - ebenso wie die einstweilige Anordnung - den Zweck zu verhindern, daß vollendete Tatsachen geschaffen oder aufrechterhalten werden oder der Rechtsfriede erheblich gestört wird, ehe eine gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache ergehen und rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar werden kann. Als wesentlicher Teil des Rechtsschutzes überhaupt ist auch der Suspensiv-effekt durch Art. 19 Abs. IV GG gewährleistet ¹⁾; es läßt sich aus dieser Vorschrift der allgemeine Grundsatz ableiten, daß Eingriffe von hoher Hand - insbesondere die Vollziehung von belastenden Verwaltungsakten - jedenfalls nicht so kurzfristig angeordnet und durchgeführt werden dürfen, daß der Betroffene keine Möglichkeit hat, Rechtsschutz zu erlangen ²⁾.

Gemäß § 80 Abs. I VwGO haben Widerspruch und A n f e c h -
t u n g s k l a g e aufschiebende Wirkung. Grundsätzlich tritt also bei Anfechtungssachen mit Einlegung der vorbezeichneten Rechtsmittel der Suspensiveffekt automatisch ein. Für eine einstweilige Anordnung ist daher im Bereich der automatisch eintretenden aufschiebenden Wirkung schon deswegen kein Raum, weil der damit erstrebte Zustand bereits

1) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, RdNr. 14;

2) Vgl. BVerwG E 16, 289; 17, 83; Menger, VerwArch. 64, 282.

kraft Gesetzes eingetreten ist und einem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung damit das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. § 123 Abs. V VwGO stellt insoweit nur ein "nie-mals bezweifelttes Ergebnis" klar ³⁾.

Gleiches gilt im wesentlichen für die in § 80 Abs. V, Abs. II Nr. 1 - 4 VwGO normierte Sonderregelung: Dem Verwaltungsgericht ist in den Fällen, die an sich in den Bereich der Anfechtungssachen fallen, in denen aber die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (§ 80 Abs. II Nr. 1 - 3), die Befugnis eingeräumt, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anzuordnen (§ 80 Abs. V S. 1 VwGO) und es kann, wenn die Behörde gemäß § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten durch Anordnung der sofortigen Vollziehung die aufschiebende Wirkung beseitigt hat, diese ganz oder teilweise wiederherstellen (§ 80 Abs. V S. 2 VwGO). Da die Vollzugsaussetzung bzw. die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begrifflich als Unterfall der einstweiligen Anordnung zu werten ist ⁴⁾, besteht zwischen der generellen Regelung des § 123 VwGO und der auf Anfechtungssachen beschränkten richterlichen Befugnis nach § 80 Abs. V VwGO ein Spezialitätsverhältnis mit Vorrang des letzteren Rechtsinstitutes.

Dieses Spezialitätsverhältnis des § 80 Abs. I bzw. Abs. V, II Nr. 1 - 4 VwGO zu § 123 VwGO hat zur Folge, daß der Richter vor Erlaß einer einstweiligen Anordnung prüfen muß, ob nicht der darauf gerichtete Antrag unzulässig ist, weil etwa die aufschiebende Wirkung von Widerspruch bzw. Anfechtungsklage den vom Antragsteller erstrebten Rechtserfolg bereits herbeigeführt hat oder als Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung des Suspensiveffektes hätte gestellt werden müssen.

3) So Quaritsch, a.a.O., S. 219.

4) so auch Quaritsch, a.a.O., S. 221;

Diese Abgrenzung wäre leicht durchzuführen, wenn jedes auf Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes gerichtete und als "anfechtender" Widerspruch bzw. Anfechtungsklage (§ 42 Abs. I S. 1 VwGO) bezeichnete Rechtsmittel auch als solches zu behandeln wäre und damit die materiellen Wirkungen des § 80 VwGO zeitigen würde. Der funktionelle Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung läge dann - nach negativer Ausscheidung aller "Anfechtungssachen" im formalen Sinn - grundsätzlich auf dem Gebiet der Leistungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen.

Mit dieser Typisierung ist indessen nicht viel gewonnen, denn es ergibt sich sofort das Problem der richtigen Wahl der Klageart. Die Bezeichnung des Rechtsmittels oder des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz durch den Rechtsschutzsuchenden ist nämlich für die rechtliche Qualifikation durch das Gericht nicht maßgeblich: "falsa demonstratio non nocet!" ⁵⁾. Das Gericht darf zwar gemäß § 88 VwGO über die Anträge in tatsächlicher Hinsicht nicht hinausgehen, ist aber an deren Fassung und rechtliche Einordnung durch die Parteien nicht gebunden ⁶⁾. Der Richter muß daher selbst durch Auslegung ermitteln, ob es sich jeweils um eine "Anfechtungssache" handelt oder ob die Sache in den Bereich der übrigen Klagearten einzureihen ist. Dies kann indessen nicht nach formalen Kriterien geschehen - das wäre eine *petitio principii* -, sondern nur unter dem Gesichtspunkt, welche belastenden Verwaltungsakte der aufschiebenden Wirkung nach dem System der Verwaltungsgerichtsordnung fähig und bedürftig sind. Alle diese - und nur diese - fallen in bezug auf vorläufigen Rechtsschutz unter die Spezialregelung des § 80 VwGO, so

5) So Quaritsch, a.a.O., S. 222; Ule, DVBl. 1959, S. 583; BVerwG, BayVB1. 1967, 353 f.; anders OVG Lüneburg, DVBl. 1968, S. 263, das sich auf die durch die Partei getroffene rechtliche Qualifikation festlegen ließ und daher den Antrag als unzulässig verwarf, weil nach seiner Meinung nicht ein Antrag nach § 80 Abs. V VwGO, sondern nach § 123 VwGO zu stellen gewesen wäre; dazu die ablehnende Anmerkung von Rohmeyer, DVBl. 1968, S. 265 ff. (266).

6) Vgl. BVerwG, BayVB1. 1967, S. 354.

daß insoweit einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO auszuscheiden haben.

Maßgebliche Kriterien für die Eingrenzung dieses Kreises von Verwaltungsakten sind hierbei Funktion und Inhalt des Suspensiveffektes.

I. Negative Abgrenzung zur Spezialregelung des § 80 VwGO (Suspensiveffekt)

1. Funktion des Suspensiveffektes

Die materiell-rechtliche Funktion des Suspensiveffektes wird dadurch gekennzeichnet, daß dieser vorläufig einen **E i n b r u c h** in die Rechtspositionen des Bürgers, eine "Schmälerung seiner Rechtssphäre" verhindert ⁷⁾. Eine "Rechtsposition" in diesem Sinne kann entweder darin bestehen, daß dem Einzelnen kraft Verwaltungsrechtssatzes die **E i n r ä u m u n g** einer verwaltungsrechtlichen Berechtigung zusteht oder darin, daß ihm die **A u s ü b u n g** einer solchen bereits bestehenden Berechtigung gewährleistet ist ⁸⁾. Für den Suspensiveffekt im Sinne des § 80 VwGO ist nur die **A u s ü b u n g** einer verwaltungsrechtlichen Berechtigung von Bedeutung. Diese "Ausübungsberechtigung" stellt ein Recht im Sinne des § 42 Abs. II VwGO und des Art. 19 Abs. IV GG dar ⁹⁾. Zum Schutz dieses Rechtes gegen hoheitliche Eingriffe ist der Verwaltungsrechtsweg in Form der Anfechtungsklage gegeben (§§ 40, 42 VwGO).

7) So BayVGH, BayVBl. 62, 324.

8) Vgl. Wolff, Lehrbuch I, 223 ff..

9) Vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, RdNr. 33 ff..

Daraus folgt grundsätzlich, daß der Anwendungsbereich des Suspensiveffektes auf dem Gebiete der Eingriffsverwaltung liegt und nur bei hoheitlichen Eingriffsakten in die bestehende Individualrechtssphäre mit belastender Wirkung eingreift.

2. Der Inhalt des Suspensiveffektes als Wirksamkeits- oder Vollziehungshemmung

Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob Widerspruch und Anfechtungsklage gegenüber a l l e n belastenden Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung haben oder ob diese Wirkung etwa nur eintritt, wenn es sich um v o l l - z i e h b a r e oder (kraft ausdrücklicher Erwähnung in § 80 Abs. I S. 2 VwGO) rechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt, nicht aber z.B. bei feststellenden Verwaltungsakten ¹⁰⁾. Diese Fragestellung führt in ein äußerst umstrittenes Gebiet des Verwaltungsrechts, die Problematik des materiellen Inhalts des Suspensiveffektes ¹¹⁾. Die verschiedenen hierzu vertretenen Meinungen lassen sich mit Wieseler ¹²⁾ in vier Hauptgruppen zusammenfassen, wobei im Rahmen dieser Arbeit nur ein knapper und schematischer Überblick gegeben werden kann ¹³⁾.

Zunächst ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der von einem Hoheitsträger erlassene Verwaltungsakt regelmäßig ¹⁴⁾

10) So VGH Kassel, DÖV 64, 783; NJW 66, 2183; mit ablehnender Anmerkung von Weidemann, NJW 67, 124.

11) Vgl. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 54, S. 77 ff..

12) a.a.O., S. 77;

13) Vgl. dazu im einzelnen Wieseler, a.a.O., S. 77 ff..

14) nur nichtige Verwaltungsakte sind grundsätzlich unwirksam, da als rechtlich nicht vorhanden zu betrachten, vgl. Hans J. Wolff, Lb. I, S. 273; BGHZ 4, 306; sowie unvollkommene - z.B. zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte vor Erteilung dieser Zustimmung, vgl. Hans J. Wolff, Lb. I, S. 274;

im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe ¹⁵⁾ an den Adressaten, im Falle der Befristung vom entsprechenden Zeitpunkt an, wirksam ist. Wirksamkeit in diesem Sinne bedeutet, daß der Verwaltungsakt alle ihm von der Behörde zugedachten Rechtswirkungen äußert und dementsprechend vom Adressaten zu befolgen ist und von der Behörde durchgesetzt werden kann ¹⁶⁾. Daraus folgt allgemein, daß dem Einzelnen ein wirksamer vorläufiger Rechtsschutz nur dann gewährleistet ist, wenn der Suspensiveffekt die Wirksamkeit oder die Vollziehung des Verwaltungsaktes aufhebt oder die Wirksamkeit zusammen mit der Vollziehung.

Während nun die eine Meinung den Inhalt des Suspensiveffektes als Hemmung der Wirksamkeit kennzeichnet ¹⁷⁾, sehen die Vertreter der Gegenmeinung in der Hemmung der V o l l z i e h u n g die inhaltliche Gestaltung der aufschiebenden Wirkung ¹⁸⁾. Weiter wird die Auffassung vertreten, bei vollziehungsfähigen Verwaltungsakten beinhalte der Suspensiveffekt eine Vollzugs-, bei vollziehungsunfähigen dagegen eine Wirksamkeitshemmung ¹⁹⁾ und schließlich wird behauptet, bei vollzugsfähigen Verwaltungsakten werde zusammen mit der Wirksamkeit auch die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes

15) vgl. dazu § 33 Abs. I des Musterentwurfes eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963, S. 150 der amtl. Begründung: "... daß ein Verwaltungsakt also trotz Rechtswidrigkeit grundsätzlich w i r k s a m und nur in Ausnahmefällen nichtig ist."; so auch BVerwG E 13, 7; VGH Kassel, DVBl. 51, 126; Hauelsen, DÖV 61, 125 unter II 1; Quaritsch, a.a.O., S. 222, verlangt den "Zugang" des Verwaltungsaktes; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 RdNr. 1 lassen den Verwaltungsakt mit seinem "Erlaß" wirksam sein;

16) Vgl. Hans J. Wolff, Lb. I, 273; Ausnahme: § 6 Abs. I VwGO.

17) vgl. statt vieler Bender, NJW 1966, 1993; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80 Anm. I 1 a und Verwaltungsprozeßrecht, S. 244; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 4 und 7; einen ausführlichen Überblick über den Stand der Meinungen gibt Wieseler, a.a.O., S. 77 ff. unter Fußn. 2-6;

18) So z.B. Quaritsch, a.a.O., S. 225 ff.; Fromm, BB 62, 985 f.; ders. DVBl. 63, 564 f.; Wilhelm, BayVBl. 65, 202; Hagedorn, DÖV 65, 191; Schröer, DÖV 66, 228; Koehler, VwGO, § 80 Anm. A II 1; Klinger, § 80 B 1 a; Schunck-De Clerck, § 80 Anm. 2 a; Redeker-von Oertzen, § 80 RdNr. 1.

19) so BGH NJW 55, 870; und DÖV 56, 414; Eichhorn, Diss. S. 67 f.;

gehemmt, während sich bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten der Suspensiveffekt in der Hemmung der Wirksamkeit erschöpfe²⁰⁾. Eine herrschende Meinung hat sich noch nicht gebildet²¹⁾.

Dem Streit kommt große praktische Bedeutung zu. Dies gilt bereits bei ge- oder verbietenden Verwaltungsakten, etwa für die Frage der Rechtmäßigkeit von Zuwiderhandlungen gegen das Ge- bzw. Verbot während der Dauer des Suspensiveffekts^{21a)}. Die Auswirkungen der Theorien zeigen sich jedoch hauptsächlich bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten, bei denen eine Rechtsminderung bereits mit der Bekanntgabe eintritt.

Entläßt zum Beispiel die Behörde einen Beamten rechtmäßig gemäß § 28 Nr. 1 BBG²²⁾, so verliert er mit Zustellung der Entlassungsverfügung seinen Beamtenstatus (§ 33 BBG). Widerspruch und Anfechtungsklage hiergegen haben gemäß § 80 Abs. I VwGO i.V.m. §§ 172 BBG, 126 BRRG²³⁾ aufschiebende Wirkung. Besteht nun diese in einer Wirksamkeitshemmung, so beseitigt sie den Rechtsnachteil des Verlustes der Beamtenstellung ex tunc²⁴⁾, so daß der Anfechtende den Beamtenstatus bis zur rechtskräftigen Erledigung des Streites behält²⁵⁾ und somit seine Dienstbezüge für diesen Zeitraum mit Rechtsgrund erhält. Besteht sie dagegen nur in Vollzugshemmung, so erhält er zwar seine Bezüge weiter, aber ohne Rechtsgrund, so daß er nachträglich Kondiktions- und Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist.

20) So De Clerck, DÖV 64, 152 (unter 2); Haueisen, NJW 64, 2037.

21) Vgl. Wieseler, a.a.O., S. 79 mit eingehenden Nachweisen.

21a) Auf die Problematik der Nichtbeachtung einer durch amtl. Verkehrszeichen getroffenen Anordnung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden; vgl. dazu den auf Vorlegungsbeschluß des Bay.ObLG (BayVBl. 69, 72) ergangenen Beschluß des BGH vom 23. 7. 1969, DÖV 69, 718 f. mit ausführlichen Nachw..

22) Bundesbeamtengesetz i.d.F. vom 1. 10. 1961, BGBI. III, Nr. 2030 - 2032;

23) Beamtenrechtsrahmengesetz i.d.F. vom 1. 10. 1961, BGBI. I, S. 1835;

24) Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 6;

25) so BVerwG E 13, 8;

Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn ein Nachbar gegen die einem Grundstückseigentümer erteilte Baugenehmigung Widerspruch einlegt und die Behörde daraufhin die Vollziehung gemäß § 80 Abs. IV S. 1 VwGO aussetzt und damit die aufschiebende Wirkung herstellt. Hemmt der Suspensiveffekt die Wirksamkeit der Baugenehmigung, dann verstößt das begonnene Bauwerk gegen materielles Baurecht; es könnte daher gegen den Bauherrn bereits in diesem Zeitpunkt Zivilklage auf Naturalrestitution aus §§ 823 Abs. II, 249 BGB i.V.m. der entsprechenden nachbarschützenden Norm des Bauordnungsrechts erhoben werden. Wird dagegen nur die Vollziehung gehemmt, so muß der Bauherr zwar die Arbeiten einstweilen einstellen, das Bauwerk aber nicht abreißen. Der Theorienstreit kann daher erhebliche praktische Bedeutung haben ²⁶⁾.

3. Die Problematik des Vollzugsbegriffes

Ausschlaggebendes Kriterium für die Lösung des Konfliktes ist die terminologische Behandlung des Begriffes "Vollziehung" und dessen Einordnung in das System des § 80 VwGO.

Ursprünglich verstand man unter Vollziehung nur die zwangsweise oder freiwillige Durchführung behördlicher Ge- und Verbote ²⁷⁾. Unter diese Begriffsbestimmung paßte natürlich die große Zahl rechtsgestaltender Verwaltungsakte nicht, die "ihre Vollziehung gewissermaßen in sich tragen" ²⁸⁾.

Um dem Bedürfnis nach Einbeziehung dieser Gruppe von Verwaltungsakten in den Schutzbereich der aufschiebenden Wirkung Rechnung zu tragen, gab die Rechtsprechung den alten, an der Eingriffsverwaltung entwickelten Vollzugsbegriff auf, indem sie z.B. die Einstellung der Gehaltszahlung zur vollziehbaren Wirkung der Beamtenentlassung erklärte ²⁹⁾. Daraus

26) A.A. insoweit Daumann, Diss. S. 76.

27) So das Pr. OVG, Bd. 73, 186.

28) Kammer, DVBl. 50, 589.

29) Vgl. z.B. BVerwG E 1, 48; 13, 8; OVG Münster, DVBl. 52, 545; Quaritsch, a.a.O., S. 227 mit eingeh.w.Nachw..

wurde allgemein der Grundsatz entnommen, daß unter Vollziehung die "Herbeiführung des dem Inhalt des Verwaltungsaktes entsprechenden Zustandes im weitesten Sinn" ³⁰⁾ zu verstehen sei.

Nach heute wohl herrschender Meinung ³¹⁾ fällt unter den Begriff der Vollziehung alles, was zur inhaltlichen Verwirklichung des Verwaltungsaktes geschieht, sei es durch tatsächliches Handeln der Behörde oder des Adressaten, sei es durch Anerkennung und Vollzug der durch ihn geschaffenen Rechtslage. Von diesem Vollzugsbegriff ist auch § 80 VwGO getragen, wie sich bereits aus der Begründung zum Regierungsentwurf der Verwaltungsgerichtsordnung ³²⁾ ergibt, wo es heißt, daß "jeder Verwaltungsakt von der aufschiebenden Wirkung erfaßt wird, gleichgültig, ob es eines besonderen Vollzuges bedarf oder nicht". Die Formulierung in § 80 Abs. I S. 2 "Dies gilt a u c h bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten" dient daher nur der Verdeutlichung und Klarstellung, daß der Suspensiveffekt bei a l l e n b e l a s t e n d e n Verwaltungsakten eingreifen soll ³³⁾.

Vollziehung ist damit jede Umsetzung eines Verwaltungsaktes in die Rechtssphäre des Adressaten, gleichgültig ob es sich um einen verfügenden, rechtsgestaltenden oder feststellenden Verwaltungsakt mit belastender Wirkung handelt. Dieser Vollziehungsbegriff soll mit Wieseler ³⁴⁾ als "Verwirklichung" von Verwaltungsakten bezeichnet und der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß der Inhalt des Suspensiveffektes nach § 80 VwGO nur in einer H e m -

30) OVG Münster, AS 8, 67;

31) vgl. Quaritsch, VerwArch. 51 (1960) 227; Heintze, NJW 63, 1432; Sellmann, DVBl. 63, 282; Ruckdäschel, DÖV 61, 677; Jung, NJW 61, 160;

32) BT-Drucksache 55 - 3. WP - S. 39;

33) Unzutreffend daher das argumentum e contrario des VGH Kassel, NJW 1966, 2183; dazu die ablehnende Anmerkung von Weidemann, NJW 1967, 124.

34) a.a.O., S. 39;

m u n g d e r V e r w i r k l i c h u n g d e s b e -
lastenden Verwaltungsaktes bestehen kann ³⁵⁾.

Zusammenfassung

Der Bereich vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO

Das Verhältnis der einstweiligen Anordnung zum Suspensiv-
effekt und der damit verbundenen Spezialregelung des § 80
Abs. IV und V VwGO läßt sich deshalb mit Quaritsch ³⁶⁾ dahin
definieren, daß eine einstweilige Anordnung immer unzulässig
ist, wenn der Kläger von einem mit der Anfechtungsklage an-
greifbaren Verwaltungsakt beschwert wird. Diese Möglichkeit
ist grundsätzlich dann gegeben, wenn durch einen belasten-
den Hoheitsakt in eine Ausübungsberechtigung des Bürgers
eingegriffen wurde und dessen Inhalt im Zeitpunkt der Ein-
legung des Rechtsmittels im Bereich des Tatsächlichen ver-
wirklicht werden kann.

Damit ist n e g a t i v gesagt, daß der Suspensiveffekt
bei solchen Verwaltungsakten nicht in Betracht kommt, deren
Verwirklichung bereits u n a b ä n d e r l i c h e Tat-
sachen geschaffen hat. Auch das ergibt sich e c c o n t r a r i o aus
der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs einer Ver-
waltungsgerichtsordnung, wo es zu § 81 heißt ³⁷⁾: "Von der
aufschiebenden Wirkung wird jeder Verwaltungsakt erfaßt,
gleichgültig, ob er eines besonderen Vollzuges bedarf oder
nicht, wenn er nur b e g r i f f l i c h e i n e r

35) Ein weiteres Eingehen auf diese Problematik ist für das
vorliegende Thema entbehrlich. Es kann insoweit auf die
eingehende Untersuchung von Wieseler, a.a.O., S. 83 - 162,
verwiesen werden, der die Vereinbarkeit dieses Vollzie-
hungsbegriffes mit dem System der Verwaltungsgerichtsord-
nung überzeugend nachweist. Die neuere Rechtsprechung und
ein großer Teil der Literatur kommen zum gleichen Ergeb-
nis, vgl. dazu die eingeh.Nachw., a.a.O., S. 175 f..

36) a.a.O., S. 228;

37) BT-Drucks. 55 - 3. WP - Bd. 55, S. 39.

aufschiebenden Wirkung fähig ist." Wenn dementsprechend der beabsichtigte Inhalt des Verwaltungsaktes bereits in der Weise vollzogen ist, daß er einer weiteren Verwirklichung nicht mehr bedarf und andererseits eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes unmöglich ist, dann ist begrifflich eine aufschiebende Wirkung ausgeschlossen. So zum Beispiel, wenn eine Mauer abgerissen oder ein "verseuchter" Hund getötet wurde ³⁸⁾. Hier ist wegen des Eintritts endgültiger Tatsachen ein vorläufiger Rechtsschutz - gleichgültig, ob nach § 80 oder § 123 VwGO - denkgesetzlich nicht mehr möglich; der Bürger ist hier auf Restitution im Wege des Schadensersatzanspruches oder Folgenbeseitigungsanspruches beschränkt ³⁹⁾.

Das gleiche gilt dann, wenn der Bürger durch einen Hoheitsakt nicht in seiner Ausübungsberechtigung beeinträchtigt ist. So zum Beispiel, wenn die Behörde einem Grundstückseigentümer die Bauerlaubnis unter der Bedingung erteilt, daß er das geplante Haus 7 m weiter von der Straßenfront entfernt errichtet und der Nachbar dagegen Widerspruch erhebt mit der Begründung, er verliere dadurch die bisherige schöne Aussicht. Hier fehlt es bereits deswegen an der Zulässigkeit der Klage, weil der Nachbar nicht in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sein kann und die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Popularklage zur Wahrung wirtschaftlicher, politischer und kultureller Interessen nicht kennt. Ein vorläufiger Rechtsschutz kommt demgemäß mangels Eingriffs in eine Rechtsposition unter keinem Gesichtspunkt in Frage ⁴⁰⁾. In den beiden vorgenannten Fällen hat daher vorläufiger Rechtsschutz schlechthin auszuscheiden.

38) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 45; Wieseler, a.a.O., S. 43.

39) Dazu im einzelnen später; vgl. Eyermann-Fröhler, § 42, RdNr. 18 ff.; § 80, RdNr. 56 ff.; Klinger, VwGO, § 80, Anm. F.

40) Vgl. Wieseler, a.a.O., S. 42.

Positiv folgt daraus für die eingangs aufgeworfene Frage, daß der Suspensiveffekt in allen übrigen Fällen eingreift, in denen ein belastender Eingriffsakt vorliegt, der irgendeiner Verwirklichung im Bereich des Tatsächlichen fähig ist. Gleiches gilt für die Fälle des § 80 Abs. II Nr. 1 - 4 VwGO, wenn es sich nur um Verwaltungsakte der oben bezeichneten Art handelt: Das Gericht ist hier ausschließlich auf das Verfahrensinstrument des § 80 Abs. V VwGO beschränkt und hat Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz entsprechend den oben bezeichneten Kriterien dann als Anträge nach § 80 Abs. V VwGO aufzufassen. Einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO kommen für diesen Bereich nicht in Frage⁴¹⁾.

II. Der positive Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung

1. Nach der Art des begehrten Verwaltungsaktes

Nachdem im Wege des "Substraktionsverfahrens" festgestellt wurde, für welchen Bereich einstweilige Anordnungen gemäß § 123 VwGO nicht in Betracht kommen, läßt sich nunmehr der Wirkungsbereich dieses Instituts positiv bestimmen.

Materiell-rechtlich wird die einstweilige Anordnung im Gegensatz zum Suspensiveffekt insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß sie vorläufig die Rechtsstellung des Bürgers erweitert⁴²⁾. Sie gewährt aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit vorläufig eine neue Rechtsposition und sichert damit die Verwirklichung eines Rechts, auf dessen Einräumung der Antragsteller einen Anspruch geltend macht. Unter "Rechtsposition" ist daher in diesem Zusammenhang nur eine "Einräumungsberechtigung"⁴³⁾ von Bedeutung, ein subjektiv-öffent-

41) Grenzfälle werden nachfolgend behandelt.

42) BayVGh, BayVBl. 62, 324.

43) zum Begriff vgl. H.J. Wolff, Lb. I, S. 223 ff.;

liches Recht des Bürgers also, aufgrund dessen er vom Hoheitsträger die Gewährung einer "Ausübungsberechtigung" kraft Hoheitsaktes verlangen kann. Während der Suspensiv-effekt dem Bürger Schutz vor hoheitlichen Eingriffen in seinen öffentlich-rechtlichen "Besitzstand" gewährt, dient die einstweilige Anordnung der Sicherung von subjektiv-öffentlichen Rechten, die eine Erweiterung dieses "Besitzstandes" gewährleisten.

Die einstweilige Anordnung gewährt demnach vorläufigen Rechtsschutz gegen ablehnende und unterlassene Hoheitsakte sowie gegen die feststellenden und streitentscheidenden Verwaltungsakte, die lediglich zur Vorbereitung rechtlich relevanter Maßnahmen dienen, ohne in eine Ausübungsberechtigung einzugreifen. Sie erfaßt also - gleichsam als Vollendung des vorläufigen Rechtsschutzes durch Ausfüllung der vom Suspensiveffekt belassenen Lücken - ⁴⁴⁾ alle die Hoheitsakte, die dem Bürger die Einräumung oder Verwirklichung einer Rechtsposition versagen oder die jeweils begehrte hoheitliche Tätigkeit unterlassen, sowie die feststellenden und streitentscheidenden Verwaltungsakte, die nicht in eine eingeräumte Berechtigung eingreifen.

2. Nach den Klagearten der VwGO

Auf dieser Grundlage läßt sich auch die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen Typen verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten bestimmen. Wenngleich § 123 VwGO keinen Hinweis darauf enthält, daß die einstweilige Anordnung nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommt, daß dem Betroffenen zur Verfolgung seiner Ansprüche eine ganz bestimmte Klageart zur Verfügung steht, so läßt sich doch aufgrund der vorgenommenen funktionalen Abgrenzung beider Institute sagen, daß der Rechts-

⁴⁴⁾ vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 219;

schutz des § 123 VwGO stets dort eingreift, wo der des § 80 VwGO versagt. Dementsprechend ist davon auszugehen, daß die einstweilige Anordnung grundsätzlich bei allen Klagearten außer der Anfechtungsklage Anwendung findet. Dies ergibt sich schon durch Umkehrschluß aus § 123 Abs. V VwGO und wird für den Bereich der Verpflichtungs-⁴⁵⁾ und der allgemeinen Leistungsklage⁴⁶⁾ sowie für die Feststellungsklage⁴⁷⁾ in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt⁴⁸⁾.

Voraussetzung für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist jedoch stets, daß überhaupt Rechtsschutz in Frage kommt. Zweifelhaft ist in diesem Sinne, ob eine einstweilige Anordnung auch in den Fällen der sog. "vorbeugenden Verwaltungs-klage" ergehen kann. Diese Klage wird als vorbeugende Leistungs- bzw. Feststellungsklage⁴⁹⁾ heute vereinzelt für zulässig erachtet⁵⁰⁾. Obwohl die Verwaltungsgerichtsordnung diese Klageart nicht erwähnt, wird sie von den Vertretern dieser Auffassung mit Hinweis auf ein *B e d ü r f n i s* für den Rechtsschutz gegen drohende belastende Verwaltungsakte gewährt⁵¹⁾. Der Erlaß einstweiliger Anordnun-

45) vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 67 I 3; Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 10, m.w.Nachw.;

46) vgl. Redeker-von Oertzen, § 123, RdNr. 9; Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 15; Ruckdäschel, DÖV 61, 675 (685); zur Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage überhaupt vgl. Rupp, AöR 85, 301 (302);

47) vgl. Rambeck, NJW 61, 1333 (1334); Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 15;

48) So BayVGH, BayVBl. 65, 207 (208); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I; Klinger, VwGO, § 123, Anm. A, mit jeweils weiteren Nachweisen.

49) der angebliche Unterlassungsanspruch wird als allgemeiner Leistungsanspruch qualifiziert und daher der Leistungsklage zugeordnet, vgl. z.B. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Vorbem. vor § 42, Anm. II, mit vielen Beispielen; a.A. Eyermann-Fröhler, § 42, RdNr. 23, die darin einen Verpflichtungsanspruch sehen und dementsprechend die Verpflichtungsklage für gegeben halten;

50) Z.B. von Ruckdäschel, DÖV 61, 675 (685); Haug, DÖV 67, 86 ff., der sie sowohl gegen künftige Verwaltungsakte als auch gegen schlichtes Hoheitshandeln zuläßt; auch OVG Münster, DÖV 67, 99 (100); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I, und Naumann, Gedächtnisschrift, S. 391 (403 f.).

51) Insbesondere von Ruckdäschel, wie vor.

gen im Rahmen dieser Streitsachen läge schon deswegen nahe, weil § 123 Abs. I S. 1 VwGO nach seinem Wortlaut vorläufigen Rechtsschutz gewährt, wenn infolge einer Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes gefährdet ist. Dies könnte der Fall sein, wenn ein Grundstückseigentümer erfährt, daß seinem Nachbarn eventuell eine Befreiung von der Einhaltung des Grenzabstandes bewilligt wird oder, wenn beispielsweise eine neue Kraftdroschenzulassung den Interessen der bereits zugelassenen Taxiunternehmer zuwiderläuft und diese sich der Beeinträchtigung "vorbeugend" widersetzen wollten.

Es ist indessen nicht ersichtlich, in welches Recht durch einen nur "drohenden" Verwaltungsakt eingegriffen werden sollte, nachdem wirtschaftliche und sonstige außerrechtliche Interessen nicht dem Schutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen. Dem kann nicht mit dem Argument begegnet werden, daß die Zulässigkeit vorbeugender Klagen im Rahmen der "schlichten Hoheitsverwaltung" allgemein anerkannt ist und dem Einzelnen die Möglichkeit gewährt wird, mit der Behauptung, er werde infolge eines bestimmten schlichten Verwaltungshandelns auch in Zukunft in seinen Rechten beeinträchtigt ⁵²⁾, vorbeugende Leistungsklage auf Unterlassung dieser Beeinträchtigung ⁵³⁾ und ausnahmsweise auch vorbeugende Feststellungsklage ⁵⁴⁾ zu erheben. Ein argumentum a maiore ad minus dahin, daß die Klage im Falle drohender Beeinträchtigung einer Ausübungs- oder Einräumberechtigung auf Grund eines bevorstehenden belastenden Verwaltungsaktes um so mehr zulässig sein müsse, als eine Klagemöglichkeit schon im Falle zu befürchtender weiterer Beeinträchtigung als Folge schlichter Hoheitsverwaltung in Betracht komme und diese Gestaltung regelmäßig weniger schwerwiegende Nachteile mit sich bringe als der erstgenannte Fall,

52) vgl. Naumann, Jubiläumsschrift, S. 365 (374 - 385) mit zahlreichen Beispielen;

53) vgl. BVerwG, DVBl. 62, 678; OVG Münster, DVBl. 64, 882 (883) mit Nachweisen aus der entsprechenden Zivilrechtsprechung; Eyermann-Fröhler, § 42, RdNr. 23;

54) vgl. dazu Naumann, Gedächtnisschrift, S. 391 (394 ff.);

greift nicht durch. Dabei bleibt nämlich unberücksichtigt, daß die vorbeugende Leistungsklage immer an eine behördliche Tätigkeit mit aktueller Außenwirkung anknüpft ⁵⁵⁾, während die vorbeugende Klage gegen drohende, belastende Verwaltungsakte auf einer bloß denkmöglichen, wenngleich ggf. wahrscheinlichen Beeinträchtigung aufbaut, die sich noch nicht nach außen konkretisiert hat. Es kann deshalb dem Einzelnen zugemutet werden, bis zu diesem Zeitpunkt zu warten. Er büßt dadurch einen wirksamen Rechtsschutz nicht ein, denn die Institute des vorläufigen Rechtsschutzes gewähren auch nach Erlaß des Verwaltungsaktes Schutz vor dessen unangreifbarer Verwirklichung. Vorher ist das Gericht mangels konkreten Substrates gar nicht in der Lage, eine stichhaltige Würdigung der Rechtslage vorzunehmen, denn der Rechtsschutzsuchende muß sich bei dieser Sachlage "pauschal" nach allen denkbaren Richtungen wehren, weil weder er noch das Gericht wissen, welche behördeninternen Vorgänge die endgültige Form des Verwaltungsaktes bestimmen werden.

Mit Ablehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen drohende Verwaltungsakte ist automatisch auch eine Verneinung vorläufigen Rechtsschutzes im Rahmen solcher Klagen verbunden ⁵⁶⁾.

III. Grenzfälle der Anwendbarkeit von § 123 oder § 80 VwGO

1. Normenkontrolle

Ausgehend von der Feststellung, daß die einstweilige Anordnung grundsätzlich in allen Klagemöglichkeiten der VwGO An-

55) daher wird die vorbeugende Klage als Rechtsschutz gegen rein behördeninterne Vorgänge abgelehnt, vgl. z.B. VG Gelsenkirchen, GewArch. 63, 142 (143);

56) So auch Wieseler, a.a.O., S. 183.

wendung findet, muß man sich fragen, ob sie gleichwohl auf die Verfahrensarten beschränkt ist, die einen beschwerenden Verwaltungsakt zum Gegenstand haben oder ob sie auch bei solchen Verfahrensarten Anwendung findet, die der Kontrolle von Rechtsverordnungen und Satzungen dienen; anders ausgedrückt, ob die einstweilige Anordnung auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zulässig ist.

Dies wird von der herrschenden Meinung ⁵⁷⁾ mit unterschiedlicher Begründung abgelehnt. Einerseits wird darauf abgestellt, daß die Vorschrift des § 123 VwGO schon nach ihrem Wortlaut ("Streitgegenstand", "bestehender Zustand", "Rechtsverhältnis") nicht in das System der Normenkontrolle passe ⁵⁸⁾, andererseits wird argumentiert, die einstweilige Anordnung sei unzulässig, weil sich das Oberverwaltungsgericht, wenn auch nur vorläufig, den Rechtsstandpunkt des Antragstellers zu eigen machen und damit seine endgültige Entscheidung vorwegnehmen müsse ⁵⁹⁾ und schließlich wird die Unanwendbarkeit des Instituts im Normenkontrollverfahren damit begründet, daß dieses nur den Schutz des objektiven Rechts bezwecke und dementsprechend der Erlass einer dem Schutz von Individualinteressen dienenden einstweiligen Anordnung entfallen müsse ⁶⁰⁾. Eine einstweilige Anordnung komme demgegenüber nur in Rechtsstreitigkeiten mit "beschränkter Wirksamkeit" gegenüber bestimmten Beteiligten (insbesondere dem Antragsteller und Antragsgegner) in Betracht, nicht aber in einem Normenkontrollverfahren, das die allgemeinverbindliche Nichtigerklärung einer Norm bezwecke ⁶¹⁾.

57) vgl. Eyermann-Fröhler, § 47, RdNr. 37; § 123, RdNr. 16; Redeker-von Oertzen, § 47, Anm. 15 c; Schunck-De Clerck, § 47, Anm. 3 c; Koehler, § 47, Anm. IV 4; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 47, Anm. III 3; Klinger, § 123, Anm. A, Vorbemerkung; Bergmann, VerwArch. 51 (1960) 59; OVG Lüneburg, OVG E 17, 343 ff. (344); VGH Bremen, DÖV 1954, 60;

58) so Eyermann-Fröhler, § 47, RdNr. 37;

59) so Ule, a.a.O., § 47, Anm. III 3; Wolfgang Bergmann, Zwischenbildung zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch. 51 (1960), S. 36 ff. (S. 59);

60) So OVG Lüneburg, Beschl. vom 23. 6. 1961, OVG E 17, 343 (344).

61) So VGH Bremen, Beschl. vom 19. 10. 1953, DÖV 54, S. 60.

Demgegenüber zog der Bayerische Verfassungsgerichtshof ⁶²⁾, der die einstweilige Anordnung im - verfassungsgerichtlichen - Normenkontrollverfahren auch ohne gesetzliche Ermächtigung für gegeben hält, aus dem letzten Argument den Schluß, daß einstweilige Anordnungen zwar zulässig seien, aber gemäß dem Wesen des abstrakten Normenkontrollverfahrens keine konkreten Maßnahmen zugunsten einzelner an dem Verfahren beteiligter Personen erlassen werden dürften, sondern generell der Vollzug der Norm ausgesetzt werden müsse. Die gleiche Auffassung vertritt Obermayer ⁶³⁾, der die grundsätzliche Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG folgert. Insoweit gleicher Meinung ist Quaritsch ⁶⁴⁾, der allerdings mit Hinweis auf das Rechtsschutzbedürfnis die Vollzugsaussetzung nur beschränkt auf den Antragsteller für möglich hält. In der Rechtsprechung schließlich wird die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren vom Baden-Württembergischen VGH ⁶⁵⁾ und vom VGH Mannheim ⁶⁶⁾ für zulässig gehalten. Auch der Bayerische VGH ^{66a)} hält sie "in Ausnahmefällen" für zulässig.

Das Normenkontrollverfahren schließt nun zwar die Anfechtungsklage nicht aus ⁶⁷⁾; der vorläufige Rechtsschutz richtet sich für den Fall, daß bereits ein Verwaltungsakt aufgrund der Norm erlassen und Anfechtungsklage erhoben wurde, nach § 80 VwGO. Wenn § 47 VwGO jedoch vom Begriff des in absehbarer Zeit zu erwartenden Nachteils ausgeht ⁶⁸⁾, so erscheint ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der einstweiligen Anordnung prima facie schon deswegen gegeben,

62) VGH E 18 n.F., II, S. 50;

63) Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 887 f.;

64) a.a.O., S. 365 ff.;

65) in ESVGH 11, 22 ff. in analoger Anwendung des § 25 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof; in ESVGH 13, 81 f. dann in analoger Anwendung des § 123 als spezieller Regelung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren;

66) DVBl. 67, 462, Begründung insoweit nicht abgedruckt; VGH Mannheim, Bad.-Württ.VBl. 1961, 138 mit Anm. Klickermann;

66a) BayVGH, BayVBl. 69, 288 f.;

67) vgl. Bergmann, a.a.O., S. 53 f.;

68) Bergmann, a.a.O., S. 51 f.;

weil dieses Instrument auch geschaffen wurde, um drohende Nachteile abzuwenden. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im abstrakten Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO muß die verfassungsrechtliche Einordnung dieser Verfahrensart sein.

Art. 19 Abs. IV GG gewährt dem Bürger Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt. Unter den Begriff der "öffentlichen Gewalt" wurde herkömmlich nur die Verwaltung, nicht aber die Rechtsetzung eingereiht ⁶⁹⁾. Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß man von der Vorstellung ausging, jede Norm sei zur Entfaltung ihrer Rechtserheblichkeit auf einen Vollzugsakt angewiesen und erst dieser könne für den Bürger eine Beschwer beinhalten, gegen die aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 GG) der Rechtsweg offenstehen müsse. Das Bundesverwaltungsgericht steht daher auf dem Standpunkt ⁷⁰⁾, daß der Gesetzgeber nicht durch Art. 19 Abs. IV GG zur Schaffung eines Normenkontrollverfahrens verpflichtet werde, weil dieses nicht schlechthin der Verwaltungsgerichtsbarkeit eigen sei. Die Frage, ob Rechtsschutz bereits in Form der abstrakten Normenkontrolle oder erst bei Vorliegen eines beschwerenden Vollzugsaktes gewährt werde, stehe im gesetzgeberischen Ermessen, weil mit dieser Entscheidung eine Beschwer für den Bürger nicht verbunden sei ⁷¹⁾.

Dieser Gesichtspunkt trifft für die weit überwiegende Mehrzahl normativer Regelungen, die zu ihrer Aktualisierung eines besonderen Vollzugsaktes bedürfen, sicherlich zu. Daneben gibt es jedoch auch Rechtssätze, die unmittelbar Rechtsfolgen festsetzen, also Rechte gewähren, Gebote aufer-

69) Vgl. Obermayer, VVDStL, 18, 144 ff. (163 f.).

70) vgl. BVerwG E 3, 265 (266); 7, 30 (32); 10, 264 (267); BVerwG, DÖV 1965, 169;

71) Vgl. BVerwG, DÖV 1965, S. 169; Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Schutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AÖR 86, 129 ff. (159 ff.).

legen und Verbote verhängen ⁷²⁾. Als Beispiel seien einmal die Satzungen landesrechtlicher Personalkörperschaften genannt, wo die Rechtsnatur der durch Satzung geregelten organisatorischen Maßnahmen sehr zweifelhaft und die Anwendung des Suspensiveffektes fraglich ist (etwa im Hinblick auf die Anberaumung und Durchführung von Wahlen und die Bestätigung und Abberufung von Funktionären der Körperschaften) ⁷³⁾. Andererseits enthält etwa die Festsetzung von Wasserschutzgebieten - soweit diese als Rechtssatz zu betrachten ist - ⁷⁴⁾ unmittelbar verbindliche Rechtsfolgenanordnungen ⁷⁵⁾. Die Normenkontrolle stellt in diesen Fällen nicht etwa lediglich einen präventiven, gegen drohenden Vollzugsakte gerichteten, sondern durchaus einen aktuellen, gegen die bereits kraft Gesetzes eingetretene Beschwer gerichteten Rechtsschutz dar.

Wenn nun der Verfassungsgeber "einen vollständigen Rechtsschutz" gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt überall dort vorsehen wollte, wo "die öffentliche Gewalt unmittelbar in Rechte Dritter eingreift" ⁷⁶⁾, dann muß im Rahmen dieser Rechtsschutzgarantie auch die Verwaltung beim Erlaß unmittelbar wirkender Rechtsnormen als "öffentliche Gewalt" angesehen werden. Dies gilt um so mehr, als diese ansonsten zur Vermeidung gerichtlicher Kontrolle viel zu leicht in das Gebiet der Rechtsetzung (in Form von Satzungen und Rechtsverordnungen) ausweichen könnte ⁷⁷⁾. Daraus folgt, daß unter der Geltung der Art. 19, 20 GG - auch der v o r l ä u f i g e - Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Normen zwingend erfordert wird.

72) Vgl. dazu Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1965, S. 625 ff. (627); ders. VVDStL 18, 144 ff. (163 f.).

73) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 367.

74) vgl. dazu die Auffassung des BVerwG, BayVBl. 1968, S. 319, wonach Wasserschutzgebiete nur durch Rechtsverordnung festgesetzt werden können; gegen BayVGh, BayVBl. 1968, S. 321, wonach dies ggf. auch durch Verwaltungsakt geschehen kann, falls eine Rechtsverordnung sachlich nicht "n o t w e n d i g" ist;

75) Vgl. Obermayer, VVDStL 18, 144 ff. (163 f.).

76) so Bachof, VVDStL 18, 209 ff. (209);

77) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, RdNr. 18.

Als unmittelbar wirkende Normen sind hierbei alle generellen Handlungsgebote und -verbote zu betrachten; desgleichen aber auch solche normativen Regelungen, die - wie z.B. Bebauungspläne - erst durch einen besonderen Vollzugsakt (Baugenehmigung bzw. deren Versagung) für den Einzelnen relevant werden, aber bereits vorher durch gleichmäßige Anwendung gegenüber Dritten (den übrigen, unter den Bebauungsplan fallenden Grundstückseigentümern) unabänderliche Fakten schaffen können ⁷⁸⁾.

Für diese Fälle führt daher eine "verfassungskonforme" Auslegung des § 123 VwGO zu dem Ergebnis, daß die Vorschrift im Normenkontrollverfahren insoweit Geltung beansprucht, als unmittelbar wirkende Normen in Frage stehen. Dafür spricht auch, daß der Gesetzgeber die einstweilige Anordnung nur für den Bereich der Anfechtungsklage ausgeschlossen hat (§ 123 Abs. V VwGO) und der Ausschluß weiterer Verfahrensarten schon zwingender Gründe bedürfte, die nach dem oben gesagten für die Fälle unmittelbar wirkender Normen nicht vorliegen.

Eine Ausdehnung der einstweiligen Anordnung auf alle Fälle der Normenkontrolle im Sinne einer einheitlichen Gesetzesinterpretation liegt zwar nahe ⁷⁹⁾; sie hat aber keine praktische Bedeutung. Denn bei der Nachprüfung vollzugsbedürftiger (also nicht unmittelbar wirkender) Rechtsvorschriften im Rahmen des Normenkontrollverfahrens fehlt für eine einstweilige Anordnung schon deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil hierbei die eine Beschwer erst auslösenden Vollzugsakte regelmäßig der Anfechtungsklage und damit dem Suspensiveffekt unterworfen sind, der einen weitgehenden vorläufigen Rechtsschutz gewährleistet.

Da in diesen Fällen der Erlass einstweiliger Anordnungen schon wegen der dem Institut immanenten Grundsätze - die noch im einzelnen zu erörtern sein werden - ausgeschlossen

78) Vgl. Obermayer, VVDStL 18, 164.

79) vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 888;

ist, mag man ihr zwar für den gesamten Bereich der Normenkontrolle aus Gründen der Systematik Geltung zubilligen, jedoch ist diese Aussage ohne theoretischen und praktischen Gewinn. Vor allem aber käme ihre Zulassung für den Bereich vollzugsbedürftiger Rechtsnormen sehr nahe an die bereits abgelehnte Zulassung im Bereich der "vorbeugenden Unterlassungsklage gegen drohende belastende Verwaltungsakte" heran. Der von Quaritsch⁸⁰⁾ gezogene Analogieschluß von der (nach seiner Meinung gegebenen) Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Bereich dieser Klageart auf ihre Zulässigkeit im Normenkontrollverfahren schlechthin entbehrt daher nach hier vertretener Auffassung bereits der Grundlage. Ein Vergleich beider Verfahrensarten ist auch schon deshalb nicht statthaft, weil im Normenkontrollverfahren die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit einer Norm Streitgegenstand ist, während es bei der vorbeugenden Unterlassungsklage an einem rechtlich nachprüfbaren Substrat fehlt.

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten, daß die einstweilige Anordnung im Rahmen der Normenkontrolle grundsätzlich Anwendung findet, jedoch nur insoweit, als es sich um unmittelbar wirkende Rechtssätze handelt, gegen die der Suspensiveffekt nach § 80 VwGO nicht eingreift, so daß nach Art. 19 Abs. IV, 20 GG vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung zwingend gefordert ist.

Was den Inhalt solcher Zwischenregelungen betrifft, so kann aus rechtslogischen Gründen die Norm niemals vorläufig für ungültig erklärt, sondern nur ihr Vollzug ausgesetzt werden⁸¹⁾.

Ob nun diese Vollzugsaussetzung nur im Verhältnis zum Antragsteller oder allgemeinverbindlich zu erfolgen hat, ist keine Frage des "Wesens der Normenkontrolle"⁸²⁾, denn das

80) a.a.O., S. 366 f.;

81) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 365.

82) so aber BayVerfGH n.F. 18, 50, wonach "gemäß dem Wesen des Verfahrens als abstrakten Normenkontrollverfahrens" "konkrete Maßnahmen zugunsten Einzelner, von dem Verfahren betroffener Personen nicht erlassen werden" dürfen;

Hauptsacheverfahren und das Anordnungsverfahren haben einen verschiedenen Zweck und einen verschiedenen Streitgegenstand ⁸³⁾, weswegen auch die Kompetenzen beider Verfahren verschieden sein müssen. Ausschlaggebend ist allein das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers in entsprechender Abwägung zum öffentlichen Interesse ⁸⁴⁾. Sollte dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers mit einer Vollzugsaussetzung lediglich ihm gegenüber gedient sein, so müßte es hierbei sein Bewenden haben; sollte dies aber nicht der Fall sein - wie z.B. bei der Nachprüfung von Bebauungsplänen, wo die Effektivität der Normenkontrollentscheidung gerade auch gegenüber dem Antragsteller meist von einer generellen Vollzugsaussetzung abhängt ⁸⁵⁾ -, dann müßte die Vollzugsaussetzung bei überwiegendem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers generell erfolgen.

Maßgeblich für den Inhalt dieser Vollzugsaussetzung ist daher allein das - die öffentlichen Interessen am Vollzug der Rechtsnorm überwiegende - Rechtsschutzinteresse des Antragstellers.

2. Einstellung laufender Leistungen

Hauptfall dieser Art von Verwaltungsakten ist die mit der Entlassung eines Beamten verbundene Einstellung der Gehaltszahlung. Nach dem hier vertretenen weiten Vollzugsbegriff ⁸⁶⁾ erfaßt die aufschiebende Wirkung jede Verwirklichung eines belastenden Verwaltungsaktes im Bereich des Tatsächlichen. Dazu gehört auch die Einstellung der Gehaltszahlung. Dementsprechend tritt mit Erhebung des Widerspruches gemäß § 80 Abs. I VwGO der Suspensiveffekt ein mit der Folge, daß die Behörde weiterhin zur Gehaltszahlung verpflichtet ist und

83) dazu unten;

84) Dazu unten.

85) vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 889;

86) oben; Dritter Teil, I 3;

den Verwaltungsakt nicht durch Einstellung der Zahlungen **v e r w i r k l i c h e n** darf. Wird aber gemäß § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO von der Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet, so ist Rechtsschutz hiergegen nur nach § 80 Abs. V S. 1 VwGO zu gewähren. Diese Vollzugsaussetzung wirkt auch für die Vergangenheit, so daß die erhaltenen Dienstbezüge "ganz oder teilweise" nachzuzahlen sind. Denn die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist gemäß § 80 Abs. V S. 3 VwGO auch für "vollzogene" Verwaltungsakte zulässig, was auf den Beispielsfall bezogen nur heißen kann, daß die Vollziehungsfolgen (ganz oder teilweise) rückgängig zu machen sind und eine weitere Vollziehung (ganz oder teilweise) zu unterbleiben hat. Für den Erlaß einstweiliger Anordnungen besteht daher in diesem Bereich kein Bedürfnis und wegen des Spezialitätsverhältnisses des § 80 zu § 123 VwGO auch keine rechtliche Möglichkeit.

Gleiches gilt für die Einstellung laufender Leistungen in anderen Bereichen. So ist die Gewährung von Fürsorgeunterstützung nicht als Verwaltungsakt mit **b e g r e n z t e r** Dauerwirkung ⁸⁷⁾, sondern als Verwaltungsakt mit **u n b e g r e n z t e r** Dauerwirkung zu betrachten ⁸⁸⁾. Denn mit der Anerkennung der Hilfsbedürftigkeit erwächst der zuständigen Behörde die Verpflichtung zur Unterstützung für die Dauer dieses Zustandes, so daß dem Hilfesuchenden ein unbestimmter Rechtsanspruch auf Unterstützung zusteht, falls in dem Bescheid nicht ausdrücklich eine Befristung enthalten ist ⁸⁹⁾. Die Zahlungsweise der ggf. auf Jahre hinaus zu gewährenden Unterstützung ist danach für die Rechtsnatur des in ihrer Gewährung liegenden Verwaltungsaktes nicht von bestimmender Bedeutung. Dementsprechend stellt die Entziehung der Unterstützung den Widerruf eines begünstigenden

87) so aber OVG Münster, NJW 58, 2036 mit zust. Anm. v. Hau-eisen und abl. Anm. Sellmann, DVBl. 1959, 291;

88) So VGH Mannheim, NJW 1962, 1172 f. mit zust. Anm. v. von Oertzen; ebenso Koehler, § 123 Anm. IV, 4.

89) von Oertzen, NJW 1962, 1172.

Verwaltungsaktes und somit einen belastenden Eingriff in eine bereits bestehende Rechtsposition dar. Damit greifen hiergegen Widerspruch und Anfechtungsklage ein, so daß der Betroffene durch die aufschiebende Wirkung des § 80 Abs. I VwGO bzw. - im Falle des § 80 Abs. II Nr. 4 - deren Wiederherstellung durch das Gericht nach § 80 Abs. V VwGO geschützt wird. Auch insoweit kommt daher nur vorläufiger Rechtsschutz nach § 80, nicht aber nach § 123 VwGO in Frage.

Dieselben Grundsätze gelten bei der Einstellung laufender Individualleistungen. So zum Beispiel, wenn die Post gemäß § 35 der Postzeitungsordnung ⁹⁰⁾ mitteilt, daß eine bisher zum Postzeitungsbetrieb zugelassene Druckschrift vom weiteren Vertrieb ausgeschlossen werde ⁹¹⁾. Auch hier bewirkte die Zulassung zum Postzeitungsgutversand im Rahmen eines förmlichen Zulassungsverfahrens für den Begünstigten nicht nur ein Recht auf die jeweilige Einzelbeförderungsleistung, sondern das Recht auf eine von vornherein festgelegte Dauerleistung im Gegensatz etwa zum Einwurf einzelner Briefe ohne vorherige Abmachungen ⁹²⁾. Auch in diesen Fällen kommt daher nur Rechtsschutz nach § 80 Abs. I bzw. Abs. V VwGO, nicht aber nach § 123 VwGO in Betracht. Hinsichtlich des Vollzuges - Nichtbeförderung vor Eintritt des Suspensiveffektes - ist allerdings eine irreparable Lage eingetreten, so daß insoweit nur mehr Schadensersatz, nicht aber "vorläufiger" Rechtsschutz verlangt werden kann.

3. "Faktische Vollziehung" ^{92a)}

Gemäß § 80 Abs. I VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch - außer in den Fällen des § 80

90) vom 28. 3. 1963, BGBI. I, 373;

91) Vgl. dazu OVG Münster, DVBl. 64, S. 834 f. mit Anm. von Redeker.

92) Vgl. OVG Münster wie vor, S. 835.

92a) Begriff nach Kopp, Skriptum, S. 2.

Abs. II Nr. 1 - 3 VwGO, wo sie kraft Gesetzes entfällt - dadurch beseitigt werden, daß die Behörde gemäß § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten die sofortige Vollziehung anordnet. Der vorläufige Rechtsschutz durch das Verwaltungsgericht regelt sich dann nach § 80 Abs. V S. 1, 2. Hs. VwGO: Das Gericht kann die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen.

Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen ein Verwaltungsakt vollzogen wird bzw. seine Vollziehung droht, ohne daß die Voraussetzungen einer sofortigen Vollziehbarkeit kraft Gesetzes (§ 80 Abs. II, 1 - 3 VwGO) vorliegen oder eine behördliche Vollzugsanordnung (§ 80 Abs. II, 4 VwGO) ergangen ist. Es fragt sich, ob in diesen Fällen einer "faktischen Vollziehung" Rechtsschutz nach § 80 Abs. V oder nach § 123 VwGO zu gewähren ist.

Dieses Problem tritt im Rahmen der zuvor behandelten Einstellung von Dauerleistungen auf. So, wenn die Behörde auf dem Standpunkt steht, es sei keine aufschiebende Wirkung eingetreten und dementsprechend den Verwaltungsakt ohne Vollziehungsanordnung gemäß § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO "faktisch" vollzieht, beispielsweise das Beamtengehalt nicht mehr ausbezahlt ⁹³⁾, die Fürsorgeunterstützung einstellt ⁹⁴⁾ oder die Post die weitere Beförderung von Druckerzeugnissen ablehnt ⁹⁵⁾. Während nach einer Auffassung das Gericht auch in diesem Fall nach § 80 Abs. V VwGO die Vollziehung aussetzen und die bereits durchgeführte Vollziehung - soweit begrifflich noch möglich - aufheben kann ⁹⁶⁾, soll nach anderer Meinung lediglich der Weg einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO gegeben sein ⁹⁷⁾.

93) vgl. OVG Rheinland-Pfalz, VRspr. 7, Nr. 102;

94) vgl. VGH Mannheim, NJW 1962, 1172 ff.;

95) Vgl. OVG Münster, DVBl. 64, 834 ff..

96) so OVG Koblenz, VRspr. 7, 504; VGH Stuttgart, DÖV 67, 105; VGH Mannheim, NJW 62, 1172; OVG Rheinland-Pfalz, VRspr. 7, 504; Eyermann-Fröhler, § 80, Anm. 34; Redeker-von Oertzen, § 80, Anm. 21;

97) So OVG Münster, DVBl. 64, 834; BayVGH, VRspr. 10, Nr. 257; VG Braunschweig, DVBl. 1962, 229; De Clerck, NJW 61, 2233; Mangels, NJW 61, 351 ff..

Die letztere Auffassung geht davon aus, daß in den Fällen, in denen kraft Gesetzes der Suspensiveffekt eintritt, mangels einer Vollzugsanordnung nach § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO dieser schon mit Erhebung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage eingetreten, daher die **W i e d e r h e r - s t e l l u n g** der aufschiebenden Wirkung begrifflich nicht möglich sei und dem Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil er nicht nochmals etwas durch Ausspruch des Gerichtes begehren könne, was bereits kraft Gesetzes bestehe. Aber auch der Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO komme nur dann in Frage, wenn die Behörde nicht nur irrtümlich davon ausgegangen sei, es liege keine aufschiebende Wirkung vor, sondern die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels bewußt mißachte. Denn im ersten Falle müsse es der Behörde unbenommen bleiben, nach Klarstellung der Rechtslage entweder eine Vollziehungsanordnung gemäß § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO zu erlassen oder aber die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels freiwillig zu beachten. Nur wenn weder das eine noch das andere geschehe, bestehe ein Bedürfnis für vorläufigen Rechtsschutz, der dann allerdings nach § 123 VwGO zu gewähren sei ⁹⁸⁾.

Dieser Auffassung kann in keiner Beziehung gefolgt werden. Das gilt einmal schon für die Prämisse, eine einstweilige Anordnung komme nicht in Frage, wenn die Behörde sich über die aufschiebende Wirkung geirrt hat, also gutgläubig vollzieht. Dabei wird übersehen, daß der Anspruch auf Unterlassung der Vollziehung lediglich eine rechtswidrige Vollziehung des Verwaltungsaktes, nicht aber ein Verschulden der Behörde voraussetzt ⁹⁹⁾. Im übrigen würde damit dem Antragsteller ein Verfahren zugemutet, das mit dem Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß ¹⁰⁰⁾ schlechterdings unvereinbar wäre. Er müßte nämlich, nachdem

98) So OVG Münster, DVBl. 64, 836, Mangels, NJW 61, 351 ff.; Schäfer, DVBl. 62, 849 f..

99) Vgl. dazu für das Zivilrecht, RGZ 156, 372, 166, 150; BGHZ 14, 163.

100) BVerwG, NJW 64, 314;

er mit einer nach Meinung des Gerichts unzulässigen Vollziehung überzogen wurde, einen in diesem Stadium nach Ansicht des Gerichts aussichtslosen Antrag auf einstweilige Anordnung stellen, mit dem er unterläge und erst aufgrund der Reaktion der nunmehr "bösgläubigen" Behörde ggf. sich den Weg zu einem neuen, diesmal aussichtsreichen Antrag nach § 123 VwGO eröffnen könnte. Der damit verbundene Zeitverlust, in dem weiter vollzogen werden könnte, und der Rechtsverlust lassen diese Konstruktion auch im Ergebnis als verfehlt erscheinen ¹⁰¹⁾.

Abgesehen davon ist jedoch das Gericht überhaupt nicht auf eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO verwiesen, sondern kann und muß nach § 80 Abs. V VwGO entscheiden. Die VwGO kennt keine Beschränkung der Gründe, mit denen die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. V VwGO angegriffen werden kann. Es können damit auch Verfahrensverstöße gerügt werden, wobei es nur einen quantitativen Unterschied macht, ob die Anordnung sofortiger Vollziehung nicht besonders begründet ¹⁰²⁾ oder nur mündlich getroffen oder ob sie überhaupt unterblieben ist ¹⁰³⁾. Die Behörde vollzieht - ob sie nun die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs verkennt oder sich bewußt darüber hinwegsetzt - in jedem Falle mit Wissen und Willen den von ihr erlassenen Verwaltungsakt. In beiden Fällen macht sie de facto von der Möglichkeit des § 80 Abs. II VwGO Gebrauch, verletzt aber die dafür vorgeschriebenen Formalien. Kann aber das Gericht, selbst wenn eine schriftliche Vollzugsanordnung vorliegt, die Gründe jedoch nicht hinreichend erscheinen, die Vollziehung nach § 80 Abs. V VwGO aussetzen, so muß es dazu erst recht in der Lage sein, wenn die schriftliche Anordnung überhaupt fehlt - gleichgültig, aus welchen Gründen auch immer ¹⁰⁴⁾. Rechtsschutz ist daher bei faktischer Vollziehung nur nach § 80 Abs. V VwGO als Spezialfall der einstweiligen Anordnung zu gewähren.

101) Vgl. Redeker, DVBl. 1964, 836.

102) vgl. OVG Münster, DVBl. 61, 520;

103) Vgl. von Oertzen, NJW 62, 1172.

104) Vgl. Redeker, DVBl. 64, 837.

Rechtspolitisch rechtfertigt sich dieses Ergebnis schon daraus, daß der Bürger keinen Einfluß darauf hat, ob die Behörde die Vorschrift des § 80 VwGO einhält und deshalb nicht verschieden gestellt sein soll, je nachdem, ob die aufschiebende Wirkung respektiert wird oder nicht ^{104a)}. Maßgeblich ist die wirkliche Rechtslage, die das Gericht ermitteln und dem gestellten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz entsprechend auslegen muß ¹⁰⁵⁾.

4. Verwaltungsakte mit sogenannter Doppel- und Drittwirkung

Im Regelfall betreffen Verwaltungsakte einen bestimmten Adressaten und enthalten für ihn eine Begünstigung oder eine Belastung. Daneben gibt es jedoch eine nicht unbedeutende Zahl von Fällen, in denen ein Verwaltungsakt für den Adressaten sowohl begünstigend als auch belastend wirkt (a) sowie solche, bei denen der Verwaltungsakt den Adressaten begünstigt und damit zugleich einen oder mehrere Dritte belastet (b). Während die erste Gruppe sich relativ einfach nach dem System der Verwaltungsgerichtsordnung der Regelung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 bzw. § 123 VwGO zuordnen läßt, wurde die zweite Gruppe - wie sich zeigen wird - von der Verwaltungsgerichtsordnung nicht berücksichtigt. Daraus ergibt sich eine Reihe verfahrensrechtlicher Probleme, die in Rechtsprechung und Lehre äußerst umstritten sind. Hinsichtlich der richtigen Klageart und der Klagebefugnis des Dritten gibt es nahezu ebenso viele Meinungen wie Veröffentlichungen ¹⁰⁶⁾. Nach dem Ergebnis - der Anwendung des § 80 oder 123 VwGO - lassen sich zwei Grundauffassungen unterscheiden: Während das Oberverwaltungsgericht Münster ¹⁰⁷⁾ die Verpflichtungsklage als das richtige Rechtsmittel gegen die Erteilung einer Bauerlaubnis an einen Grundstücksnachbarn - dem Hauptfall "janusköpfiger" Verwaltungs-

104a) So auch Kopp, Skriptum, S. 2.

105) Vgl. Rohmeyer, Urt.Anm., DVBl. 1968, S. 265 f..

106) Vgl. die Übersicht bei Fromm, DVBl. 66, 241 ff. (242 ff.).

107) vgl. etwa OVG Münster, AS 13, 6; DVBl. 58, 68;

akte - ansieht und dementsprechend vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO gewährt ¹⁰⁸⁾, betrachten das OVG Lüneburg ¹⁰⁹⁾, das Bundesverwaltungsgericht ¹¹⁰⁾ und andere Verwaltungsgerichtshöfe bzw. Oberverwaltungsgerichte ¹¹¹⁾ die Anfechtungsklage als das richtige Rechtsmittel hiergegen und gewähren vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 VwGO ¹¹²⁾. Die Rechtswissenschaft folgt wohl überwiegend der Auffassung des OVG Lüneburg ¹¹³⁾, teilweise aber auch dem OVG Münster ¹¹⁴⁾; darüber hinaus werden eine Reihe differenzierenden Lösungsvorschläge gemacht ¹¹⁵⁾. Ein näheres Eingehen auf die in der fast unübersehbaren Literatur vertretenen Ansichten würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem überschreiten. Es wäre auch vermessen, dieses Problem hier einer abschließenden Klärung zuführen zu wollen. Daher soll lediglich anhand der bei dispensierender Erteilung von Baugenehmigungen aufgetretenen Problematik eine Lösung im Sinne der Funktion und Zweckrichtung der §§ 80 und 123 VwGO versucht werden. Dabei werden im Anschluß an Wieseler ¹¹⁶⁾ diejenigen Verwaltungsakte, die allein den Adressaten belasten und begünstigen als "Verwaltungsakte mit adressatbezogener Doppelwirkung", diejenigen, die den Adressaten begünstigen und Dritte belasten, als "Verwal-

108) vgl. DVBl. 61, 825 (826) und NJW 66, 2181 m.Nachw.;

109) vgl. OVG Lüneburg, AS 13, 492; DVBl. 62, 418 m.Nachw.; DVBl. 66, 275 (276); DVBl. 68, 47 ff.;

110) BVerwG, Mdr 66, 174; DVBl. 1966, 273;

111) vgl. z.B. OVG Berlin, Mdr 66, 360; vgl. im übrigen die Zusammenstellungen bei Sellmann, DVBl. 63, 273 ff. und Fromm, DVBl. 1966, 241 (242 ff.);

112) So OVG Lüneburg, AS 19, 374 (376); DVBl. 66, 275 (276).

113) so Quaritsch, a.a.O., S. 224 ff.; Schäfer, DVBl. 62, 844 (846); Heintze, NJW 63, 1430 (1433); Lamberg, NJW 63, 2154 (2155); De Clerck, DÖV 64, 152 (153); Siegmund-Schultze, DVBl. 63, 745 (754) und DVBl. 66, 247 (249, Fußn. 24); Bender, NJW 66, 1989; Ule, § 80, Anm. I 1 a; Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 11, 31;

114) so Gelzer, NJW 58, 325 (326); ders. NJW 59, 1905 (1906); Redeker-von Oertzen, § 80, RdNr. 8 und § 123, RdNr. 2;

115) Obermayer, JuS 63, 110 (111) und neuerdings Gelzer, DÖV 65, 793 (794 f.) stellen auf den jeweiligen Streitgegenstand ab, Fromm, VerwArch. 56, 26 (54) und DVBl. 66, 241 (244 ff.) geben zwar dem Dritten die Anfechtungsklage, gewähren aber vorläufigen Rechtsschutz nur nach § 123 VwGO; vgl. weiterhin z.B. Bender, NJW 66, 1989 ff.; Schröer, DÖV 66, 228 ff..

116) a.a.O., S. 221 f.;

tungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung" bezeichnet¹¹⁷⁾.

a) Verwaltungsakte mit adressatbezogener Doppelwirkung

Wird der Bürger von einem Verwaltungsakt betroffen, der ihn gleichzeitig begünstigt und belastet, so geht sein Interesse dahin, sofort in den Genuß des begünstigenden Teiles zu kommen und sich gegen den belastenden Teil zu wehren. Es stellt sich daher für ihn zunächst die Frage, inwieweit der begünstigende Teil von dem belastenden abhängig ist, anders ausgedrückt, ob das Vorgehen gegen den belastenden Teil auch den begünstigenden einstweiligen suspendiert, oder ob dieser davon unberührt bleibt, so daß von der Begünstigung sogleich Gebrauch gemacht werden kann. Dies ist ausschlaggebend dafür, in welchem Umfang überhaupt ein Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz besteht.

Auszugehen ist bei der Klärung dieser Vorfrage davon, in welchem Zusammenhang Begünstigung und Beschwer stehen: Handelt es sich um einen an sich begünstigenden Verwaltungsakt, der nur hinsichtlich seiner Inhaltsbestimmung eine Beschwer enthält, so bleibt der wegen der Beschwer angefochtene Verwaltungsakt hinsichtlich seines begünstigenden Teils wirksam¹¹⁸⁾. So zum Beispiel, wenn eine Unterstützung von 200,-- DM beantragt, aber nur in Höhe von 150,-- DM bewilligt wurde, etwa mit dem Hinweis, daß hinsichtlich des Restbetrages kein Anspruch bestehe. Hier handelt es sich um einen teilbaren Gegenstand, von dem ein Teil unbedingt bewilligt, der andere unbedingt verweigert wurde. Da zwischen beiden Teilen kein untrennbarer Zusammenhang besteht, bleibt die Begünstigung von der Belastung unberührt und wird trotz des Angriffs auf diese sofort wirksam.

117) Zum Begriff und anderen Terminologien vgl. Wieseler, a.a.O., S. 221 Fußn..

118) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 9; Koehler, § 80, Anm. A II 7.

Handelt es sich hingegen um einen begünstigenden Verwaltungsakt, der mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen wurde, so ist darauf abzustellen, ob die Behörde die Begünstigung auch ohne die Beschwer gewährt hätte oder nicht. Im ersten Falle würde die Begünstigung sofort wirksam, auch wenn der belastende Teil mit Rechtsmitteln angegriffen würde, im zweiten Falle würde von einer "Teil-anfechtung" der ganze Verwaltungsakt erfaßt ¹¹⁹⁾. Ob es sich um eine Auflage oder um eine Bedingung handelt, kann - ebenso wie im Zivilrecht - nur dadurch ermittelt werden, daß im Wege der Auslegung festgestellt wird, ob die Anordnung integrierender Bestandteil des Verwaltungsaktes ist oder ob sie nur eine zusätzliche Maßnahme darstellt, die den Verwaltungsakt in seinem grundsätzlichen Bestand unberührt läßt ¹²⁰⁾. Die Kritik Wieseler ¹²¹⁾ an der vorangeführten Auffassung ¹²²⁾, daß diese den Unterschied zwischen Auflage und Bedingung nicht erkenne, ist daher unzutreffend. Eben dieser Unterschied kann nur durch die erwähnten Kriterien festgestellt werden und nicht dadurch, daß man nach dem äußeren Anschein mit der einen oder anderen theoretischen Bezeichnung operiert. Die Unterscheidung von aufschiebender Bedingung und auflösender Bedingung (= Widerrufsvorbehalt) ist daher in diesem Zusammenhang sinnlos.

Was nun den vorläufigen Rechtsschutz auf diesem Gebiet betrifft, so kommt es wiederum darauf an, ob mit dem Verwaltungsakt in eine bestehende Rechtsposition eingegriffen wurde,

119) So Tschira-Schmitt, BayBGm. 62, 1 (2); Spick, Diss. S. 47; De Clerck, NJW 61, 2233 (2234); Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 9.

120) Vgl. H.J. Wolff, Lb. I, S. 271; OVG Lüneburg, DÖV 1958, 397.

121) a.a.O., S. 224;

122) wie Anm. 119;

oder ob die Einräumung einer solchen Rechtsposition erst begehrt wird. Für den Fall des Verwaltungsaktes mit beschwerender Inhaltsbestimmung ergibt sich hierbei, daß unter Bestehenbleiben der gewährten Begünstigung eine weitere, darüber hinausgehende erstrebt wird. So, wenn von der beantragten Unterstützung von 200,-- DM nur 150,-- DM gewährt wurden und nunmehr der Restbetrag gefordert würde. Hier wird unter Nichtantastung der bereits gewährten 150,-- DM eine Ausweitung der Rechtsposition begehrt ¹²³⁾, wofür nur die Verpflichtungsklage in Frage kommt (§ 42 Abs. I VwGO). Vorläufigen Rechtsschutz gewährt daher in den Fällen der Teilablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes nur die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO.

Etwas anderes hätte allerdings, wie bereits erörtert, im umgekehrten Falle zu gelten, wenn zum Beispiel eine bisher gewährte Unterstützung von 200,-- DM auf 150,-- DM gekürzt würde. In diesem Falle läge nach hier vertretener Auffassung der Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes mit unbestimmter Dauerwirkung vor. Da dieser einen Eingriff in eine bereits bestehende Rechtsposition darstellte, käme hiergegen die Anfechtungsklage in Betracht (§ 42 Abs. I VwGO). Vorläufiger Rechtsschutz wäre daher nur gemäß § 80 VwGO zu gewähren.

In den Fällen belastender Nebenbestimmungen beim Erlaß begünstigender Verwaltungsakte gelten die gleichen Grundsätze. Hierbei ist es gleichgültig, ob es sich bei den Nebenbestimmungen um echte Bedingungen oder um Auflagen handelt. Diese stellen immer nur Modifikationen eines begünstigenden Verwaltungsaktes dar, die nichts daran ändern, daß damit insgesamt eine neue Rechtsposition eingeräumt wird. Begehrt nun der Begünstigte die Einräumung der neuen Rechtsposition ohne diese Modifikationen, so erstrebt er eine weitere Ausweitung seiner Rechtssphäre. Hierfür kommt die Verpflichtungsklage und dementsprechend vorläufiger Rechtsschutz nur

¹²³⁾ vgl. BayVGh, BayVBl. 62, 324;

nach Maßgabe des § 123 VwGO in Frage. Das gilt auch für Auflagen, wenngleich sie von der Behörde selbständig durchgesetzt und vom Betroffenen selbständig angegriffen werden können ¹²⁴⁾. Denn diese Möglichkeit ändert nichts an der Tatsache, daß es sich um unselbständige Nebenbestimmungen handelt, deren rechtliches Schicksal untrennbar mit dem begünstigenden Hauptakt zusammenhängt. Sie können demgemäß zwar getrennt mit Rechtsmitteln angegriffen werden, jedoch als Modifikationen einer Begünstigung nicht mit der Anfechtungs-, sondern nur mit der Verpflichtungsklage.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß sowohl bei Teilablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes als auch in den Fällen, wo dieser mit belastenden Nebenbestimmungen versehen ist, vorläufiger Rechtsschutz nur durch einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO zu gewähren ist.

b) Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung

Der heute herrschende Begriff des Verwaltungsaktes läßt sich definieren als "jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles, durch welche eine oder mehrere Personen unmittelbar betroffen oder Sachen rechtlich qualifiziert werden" ¹²⁵⁾. Es wird bei dieser Definition nicht auf die rechtlich-persönliche Rechtsbeziehung eines bestimmten Bürgers zum Hoheitsträger abgestellt, sondern auf die Qualität des handelnden Organs und die möglichen Rechtswirkungen des Aktes. Deshalb ist es heute allgemein anerkannt, daß nicht nur die Adressaten von einem Verwaltungsakt betroffen sein können. In diesem Sinne richtet sich der Verwaltungsakt gegen alle Betroffenen; es ist per definitionem nicht möglich, einem Verwaltungsakt diese Qualität dem Adressaten gegenüber zu-

124) Vgl. H.J. Wolff, Lb. I, S. 271.

125) H.J. Wolff, Lb. I, S. 251; vgl. zu den weiteren Definitionen Obermayer, in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 167 ff..

zusprechen, sie den übrigen rechtlich Betroffenen gegenüber jedoch zu verneinen ¹²⁶⁾.

Daraus folgt, daß dann, wenn einem Grundstückseigentümer eine Befreiung vom Bauwuch erteilt wird, die Baugenehmigung sowohl das rechtliche Dürfen des Bauwerbers regelt, wie auch den Nachbarn betrifft. Die Erteilung der Befreiung kann nämlich die im objektiven Baurecht begründete subjektive Berechtigung des Nachbarn verletzen, die die Einhaltung des Grenzabstandes garantiert; jede nachbarschützende Vorschrift verleiht dem Nachbarn ein subjektiv-öffentliches Recht ¹²⁷⁾. Wird davon durch eine Ausnahmegewilligung Befreiung erteilt, so setzt die Behörde auch gegenüber dem Nachbarn einen wirksamen Verwaltungsakt.

aa) Rechtsmittel des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis

Da mit der Erteilung der dispensierenden Bauerlaubnis durch einen Verwaltungsakt in Rechte des Nachbarn eingegriffen wird, wird diesem zu Recht die Klagebefugnis zuerkannt und die öffentlich-rechtliche Nachbarklage allgemein für zulässig erachtet ¹²⁸⁾. Der Nachbar macht damit geltend, er sei durch die Erteilung der angeblich rechtswidrigen Baugenehmigung in einer bestehenden Rechtsposition, nämlich dem subjektiv-öffentlichen Recht auf Einhaltung der nachbarschützenden Vorschriften des objektiven Rechts verletzt. Er erstrebt also die Erhaltung und den Bestand einer Rechtsposition, nicht deren Erweiterung. Dieses Ziel kann gemäß § 42 Abs. I VwGO nur mit der Anfechtungsklage verfolgt werden ¹²⁹⁾. Eine Verpflichtungsklage kommt hier nicht in Betracht, weil nicht der Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt wird (§ 42 Abs. I VwGO).

126) Vgl. BVerwG, Urt. vom 5. 10. 1965, MDR 66, 174; Fromm, VerwArch. 56, 26 (28) m.w.Nachw..

127) Vgl. Schäfer, DVBl. 62, 844 (845).

128) Vgl. BVerwG, Urt. vom 5. 10. 1965, MDR 66, 174, mit eingeh.Nachw..

129) So im Erg. auch BVerwG, MDR 66, 174 (175), das die entgegengesetzte Rechtsprechung des OVG Münster mit überzeugender Begründung ablehnt.

bb) Der vorläufige Rechtsschutz des Nachbarn

Entsprechend der oben dargelegten Möglichkeit für den endgültigen Rechtsschutz des Nachbarn ist für seinen vorläufigen Rechtsschutz die Regelung des § 80 VwGO zu prüfen.

Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der automatisch eintretende Suspensiveffekt des § 80 Abs. I VwGO auch bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung eingreift. Diese Frage wird neuerdings vom Bundesverwaltungsgericht ¹³⁰⁾ im Anschluß an die wohl überwiegende Meinung ¹³¹⁾ bejaht. Die entsprechende Feststellung findet sich allerdings in einem "obiter dictum" und enthält bedenklicherweise ¹³²⁾ keine Begründung. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage für den vorläufigen Rechtsschutz nach der Verwaltungsgerichtsordnung erscheint eine kurze Auseinandersetzung mit den abweichenden Meinungen zu dieser Frage unentbehrlich.

Wieseler ¹³³⁾ geht davon aus, daß bei Eintritt des Suspensiveffekts gem. § 80 Abs. I VwGO allein die Interessen des Nachbarn auf Kosten derjenigen des Bauwerbers berücksichtigt würden. Da der Bauwerber am Widerspruchsverfahren nicht beteiligt sei, weil gem. § 70 Abs. I VwGO die Behörde Adressat des Widerspruchs sei und das Vorverfahren "Beteiligte" im Sinne der §§ 63 ff. nicht kenne - so meint er -, könne die bloße Einlegung des Widerspruchs den Bauherrn nicht zur Einstellung der Bauarbeiten verpflichten. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der vorläufige Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung somit nicht nach § 80 VwGO, sondern durch das Institut der einstweiligen Anordnung gem. § 123 zu gewähren sei ¹³⁴⁾. Zu ähnlichen

130) Beschl. vom 21. 10. 1968 - BayVBl. 1969, 98; ebenso bereits BVerwG, Beschl. vom 12. 11. 1965, DVBl. 1966, 273;

131) vgl. Siegmund-Schultze, DVBl. 63, 749 ff.;

132) so auch Menger-Erichsen, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 389 ff.;

133) a.a.O. S. 237 f.;

134) A.a.O. S. 253.

- im einzelnen stark differenzierten - Ergebnissen gelangt eine Reihe anderer Stimmen in Schrifttum und Rechtsprechung¹³⁵⁾. Teilweise wird behauptet, der Suspensiveffekt gelte nur für die Belastung, nicht für die Begünstigung¹³⁶⁾; zum überwiegenden Teil wird zwar die grundsätzliche Einschlägigkeit der Regelung des § 80 unterstellt, jedoch für die Art des vorläufigen Rechtsschutzes in den einzelnen Fallgestaltungen je nachdem differenziert, was unter "aufschiebender Wirkung" verstanden wird¹³⁷⁾. Das Hauptkriterium für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch das Gericht nach § 80 oder § 123 VwGO wird hierbei darin gesehen, inwieweit die Baugenehmigung als feststellender bzw. gestaltender Verwaltungsakt¹³⁸⁾ einer aufschiebenden Wirkung fähig ist und inwieweit die Behörde zur Rückgängigmachung der "Vollziehungsfolgen" befugt oder verpflichtet ist¹³⁹⁾. Die verschiedenartigen, aus diesen Theorien gezogenen Schlußfolgerungen auf die Einzelfallgestaltung führen zu einem kaum noch überschaubaren Nebeneinander von Verpflichtungsklage, einstweiliger Anordnung und den gerichtlichen Möglichkeiten nach § 80 VwGO¹⁴⁰⁾. Nicht zuletzt diese Tatsache mag das Bundesverwaltungsgericht¹⁴¹⁾ dazu bewogen haben, den vorläufigen Rechtsschutz in diesen Fällen ausschließlich nach § 80 VwGO zu gewähren.

Dieses - aus prozeßökonomischen Gründen erwünschte - Ergebnis läßt sich durchaus systematisch begründen. Die Bedenken Wieselers¹⁴²⁾ hinsichtlich der Beteiligung des

135) Vgl. dazu die ausführlichen Übersichten bei Wieseler a.a.O., S. 241 f. und Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, S. 130 f..

136) so z.B. Klinger, (2. Aufl.) § 80, Anm. B 1 b;

137) Vollziehungs- oder Wirksamkeitshemmung - vgl. Menger-Erichsen, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 383.

138) vgl. dazu Menger-Erichsen, a.a.O., S. 383;

139) Vgl. dazu Kopp, Skriptum, S. 3.

140) Vgl. dazu eingehend - bei Erörterung eines Einzelproblems - Schenke, DÖV 69, 332 ff..

141) a.a.O. S. 98 ff.;

142) a.a.O. S. 237 ff.;

Bauherrn am Vorverfahren greifen nicht durch. Wie Menger-Erichsen ¹⁴³⁾ zutreffend bemerken, zeigt § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO, daß auch im Interesse eines Dritten, der den Verwaltungsakt nicht angefochten hat, die Behörde die sofortige Vollziehung anordnen darf. Daraus läßt sich schließen, daß die aufschiebende Wirkung auch gegenüber einem nur materiell an dem Verwaltungsrechtsverhältnis Beteiligten eintreten kann und daß diese Möglichkeit von der Verwaltungsgerichtsordnung berücksichtigt und gebilligt wurde. Desgleichen ist der Einwand zu widerlegen, die Baugenehmigung trage ihre Vollziehung in sich und sei daher einer "aufschiebenden Wirkung" nicht mehr zugänglich. Richtig ist, daß mit Aushängung der Baugenehmigung der Verwaltungsakt in seiner "Durchsetzung" keiner weiteren behördlichen Schritte mehr bedarf und daß mit Erlaß dieses Verwaltungsakts die Begünstigung des Bauherrn und die damit identische Belastung des Nachbarn bereits eingetreten sind ¹⁴⁴⁾. Aus § 80 Abs. I S. 2 VwGO ergibt sich jedoch, daß die aufschiebende Wirkung auch bei rechtsgestaltenden (und feststellenden) Verwaltungsakten eintritt, zu deren Durchsetzung es regelmäßig keiner behördlichen Schritte mehr bedarf ¹⁴⁵⁾. Es ist daher festzustellen, daß die aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. I VwGO mit Einlegung des Widerspruchs des Nachbarn sowohl diesem wie auch dem Bauwerber gegenüber automatisch eintritt ¹⁴⁶⁾. Die Baugenehmigung als Rechtsgrundlage für die Bauausführung ist dadurch suspendiert; der Bauherr darf von ihr keinen weiteren Gebrauch machen.

Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob und ggf. welche Rechte dem Nachbarn zustehen, wenn der Bauherr gleichwohl "schwarz" weiterbaut. Von der aufschiebenden Wirkung zu-

143) VerwArch. Bd. 60 (1969), 383 f.;

144) Vgl. Menger-Erichsen, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 98 f..

145) Vgl. oben, Dritter Teil I 3.

146) A.A. offenbar Kopp, Skriptum, S. 3, m.Hinw. auf OVG Lüneburg, DVBl. 66, 275: Der Nachbar kann über § 80 Abs. V S. 3 VwGO lediglich die Verpflichtung der Behörde zur Rücknahme der ausgehängten ("vollzogenen") Baugenehmigung erreichen.

gunsten des Nachbarn kann per definitionem nur die Belastung erfaßt werden, die durch Erteilung der Baugenehmigung eingetreten ist. Diese besteht darin, daß dem Bauherrn eine öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitserklärung hinsichtlich seines Bauvorhabens erteilt wurde. Wenngleich sich diese Belastung erst mit Beginn der Bautätigkeit effektiv auswirkt und erst dann in *p r i v a t e* Nachbarrechte eingegriffen wird, so ändert dies nichts daran, daß die öffentlich-rechtliche Belastung bereits mit Erteilung der Baugenehmigung eingetreten ist und sich damit auch *e r - s c h ö p f t*. Ein Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten der Behörde gegen die Bauausführung besteht daher im Rahmen des § 80 VwGO nicht ¹⁴⁷⁾. Ein solcher Anspruch kann sich nur aus den Normen des materiellen Rechts - z.B. des Bauordnungsrechts ¹⁴⁸⁾ - ergeben, soweit diese zumindest *a u c h* nachbarschützenden Charakter tragen. Diese Einschränkung rechtfertigt sich rechtspolitisch daraus, daß kein innerer Grund besteht, den Nachbarn besser zu stellen als er stünde, wenn der Bauherr *o h n e* Genehmigung bauen würde ¹⁴⁹⁾. In diesem Falle hätte er ebenfalls nur die Ansprüche aufgrund der allgemeinen Rechtsvorschriften. Der Anspruch auf Einschreiten der Behörde gegen die Bauausführung - der nach dem oben Gesagten nur auf Vorschriften außerhalb des § 80 VwGO gegründet werden kann - zielt auf eine Erweiterung der Rechtsstellung des Dritten, denn er will erreichen, daß die Behörde einen ihn begünstigenden Verwaltungsakt (Baueinstellung) erläßt, der sich nicht als Beseitigung eines von der *B e h ö r d e* vorgenommenen belastenden Eingriffs begreifen läßt. Er kann daher nach der hier vertretenen Auffassung nur im Wege einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO verfolgt werden.

147) Vgl. Kopp, GewArch. 66, 247; Schröder, DÖV 66, 228: § 80 V gibt nur einen Folgenbeseitigungsanspruch im engeren Sinne, nämlich auf Rückgängigmachung der unmittelbaren Vollziehungsfolgen, nicht aber auch weiterer mittelbarer Auswirkungen der Vollziehung.

148) vgl. z.B. Art. 100 BayBauO, wonach Bauten, die gegen baurechtliche Bestimmungen verstoßen, beseitigt werden können;

149) so Kopp, Skriptum, S. 3; anders OVG Lüneburg, DVBl. 66, 277;

cc) Der vorläufige Rechtsschutz des Bauherrn

Geht man davon aus, daß Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 80 Abs. I VwGO auch bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung aufschiebende Wirkung haben, so stellt sich die Frage, wie der Bauherr vor den Wirkungen eines etwa rechtsmißbräuchlich eingelegten Rechtsmittels des Nachbarn geschützt werden kann. Das Bedürfnis nach dem Schutz der Interessen des Bauherrn an der Ausführung seines Baus besteht in der Praxis möglicherweise häufiger,¹⁵⁰⁾ als das Bedürfnis, zugunsten des Nachbarn ein "fait accompli" zu verhindern. Das Korrelat zur Gewährung des Suspensiveffekts für den Nachbarn ist daher die Frage, welche Möglichkeit der Bauherr hat, bei aufschiebender Wirkung des Rechtsbehelfs eines Drittbelasteten die sofortige Vollziehung des ihn begünstigenden Verwaltungsaktes zu betreiben.

Das Problem ist bis in letzter Zeit trotz seiner praktischen Bedeutung kaum beachtet worden¹⁵¹⁾. Soweit die Frage behandelt wurde, reichten die Lösungen von der gänzlichen Ablehnung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollziehung¹⁵²⁾ über die Verweisung auf den Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung bei rechtswidriger Verweigerung der sofortigen Vollziehungsanordnung durch die Behörde¹⁵³⁾ bis zur Gewährung der Verpflichtungsklage bzw. der einstweiligen Anordnung zur Durchsetzung des hier als gegeben erachteten Anspruchs auf Anordnung der sofortigen Vollziehung¹⁵⁴⁾.

150) vgl. Bender, NJW 1966, 1989 (1991);

151) So Schenke, DÖV 1969, 332.

152) so BayVGH, BayVB1. 1967, 24; OVG Münster, DÖV 1959, 635;

153) vgl. Bender, NJW 1966, 1989 (1991); Löwer, DÖV 1965, 829 (831);

154) So Sailer, BayVB1. 1968, 86 (89); Kopp, BayVB1. 1967, 241.

Neuerdings hat sich Schenke ¹⁵⁵⁾ eingehend mit dem Problem auseinandergesetzt und - ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht ¹⁵⁶⁾ in dem oben angeführten "obiter dictum" - eine Lösung in Analogie zu § 80 Abs. V VwGO befürwortet. Die Argumentation geht davon aus, daß § 80 Abs. V VwGO **a u s d r ü c k l i c h** nur dem durch einen Verwaltungsakt Belasteten die Möglichkeit gewährt, die Aussetzung der Vollziehungsanordnung durch das Gericht herbeizuführen. Da jedoch die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. II Ziff. 4, 2. Alt. VwGO auch im überwiegenden Interesse eines Beteiligten zulässig ist, gebiete der Gleichheitssatz und der Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit, die Interessen des Bauherrn und des Nachbarn auch hinsichtlich ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit gleich zu bewerten. Die Frage, ob die Anordnung nach § 80 Abs. II Ziff. 4 VwGO einen Verwaltungsakt darstelle, sei unerheblich; ausschlaggebend sei alleine, ob durch diese Vorschrift subjektiv-öffentliche Rechte des durch einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung Begünstigten begründet würden. Diese Frage sei nach dem oben Gesagten und gemäß der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG zu bejahen. Die Verpflichtungsklage sei zur Verfolgung dieses subjektiv-öffentlichen Rechts - abgesehen von dogmatischen Bedenken - zu schwerfällig. Gleiches gelte für die allgemeine Leistungsklage. Die einstweilige Anordnung setze die Verfolgbarkeit des Hauptanspruchs im Wege der Verpflichtungsklage voraus und scheide im übrigen schon wegen § 123 Abs. V VwGO aus. Unter der Geltung des Art. 19 Abs. IV GG müsse daher der Anspruch auf Anordnung der sofortigen Vollziehung dergestalt durchsetzbar sein, daß der Begünstigte analog § 80 Abs. V VwGO beim Gericht der Hauptsache den Antrag stellen könne, die Verwaltungsbehörde zur sofortigen Vollziehung zu verpflichten.

155) Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung, DÖV 1969, 332 ff.;

156) BayVBl. 1969, 98;

Dieser Deduktion ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie schließt sich an die nunmehr wohl herrschende Meinung über das Eingreifen des Suspensiveffekts bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung an und führt zu einem wohl-
abgewogenen Interessenausgleich; insbesondere wird das aus prozeßökonomischen Gründen abzulehnende Nebeneinander mehrerer Verfahrensarten vermieden. Die Lösung fügt sich auch in das hier vertretene Abgrenzungskriterium zwischen § 80 und § 123 VwGO ein: Durch Erteilung der Baugenehmigung hat der Bauwerber eine Rechtsposition erhalten, in die durch den Suspensiveffekt - wenngleich ex lege - eingegriffen wird. Wenn der Belastete sich hiergegen zur Wehr setzt, erstrebt er insofern nicht eine Erweiterung seiner Rechtssphäre, sondern nur die Wiederherstellung einer ihm bereits gewährten Rechtsposition. Was die dogmatische Qualifikation dieser Form des vorläufigen Rechtsschutzes betrifft, so stellt sie - wie Menger-Erichsen¹⁵⁷⁾ zutreffend feststellen - eine Ergänzung der gesetzlichen Regelung des § 80 VwGO im Wege rechtsfindender Lückenausfüllung unmittelbar aus Art. 3, 19 Abs. IV GG dar. Eine Analogie zu § 80 Abs. V VwGO könnte nur dann gezogen werden, wenn die Rechtsfolge unverändert bliebe¹⁵⁸⁾. Dies ist hier - A u s s e t z u n g der Vollziehung einerseits, die Verpflichtung zu einer entsprechenden A n - o r d n u n g andererseits - nicht der Fall.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß der durch einen Verwaltungsakt mit drittbelastender Doppelwirkung Begünstigte bei Gericht den Antrag stellen kann, die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung zu verpflichten.

Damit ist allerdings der Problemkreis noch nicht geschlossen. Auszugehen ist von dem in der Praxis häufig

157) Bespr. vom BVerwG vom 21. 10. 1968, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 385;

158) Vgl. Menger, System, S. 68.

auftretenden Fall ¹⁵⁹⁾, daß dem Bauwerber die Baugenehmigung unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde erteilt wird. Der Nachbar hat dann gem. § 80 Abs. V S. 1 2. Hs. VwGO die Möglichkeit, die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen. Sollte dem Antrag stattgegeben werden, so ist nach dem Wortlaut des § 80 Abs. VI S. 2 VwGO der entsprechende Beschluß unanfechtbar.

Bei dieser Sachlage wäre wiederum - möglicherweise auf Jahre hinaus - der Bauherr rechtsschutzlos gestellt. Das gleiche Problem ergäbe sich für den Nachbarn, wenn ihm gegen den Antrag des Bauherrn auf Anordnung der sofortigen Vollziehung kein Beschwerderecht zustünde. Frage ist daher, ob diese Vorschrift auch bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung buchstabengetreu anzuwenden ist. Nach nunmehr wohl überwiegender Meinung ¹⁶⁰⁾ schließt die Vorschrift bei sinn- und zweckgerechter Auslegung weder das Beschwerderecht des Begünstigten, noch das des Drittbetroffenen aus.

Denn die Regelung ist ersichtlich auf einen Ausgleich zwischen dem Individualinteresse und dem öffentlichen Interesse abgestellt. Soweit sich die Behörde und ein Bürger gegenüberstehen, ist dies durchaus gerechtfertigt, weil es der unterschiedlichen Rechtsposition von Verwaltungsbehörde und Staatsbürger in bezug auf den Vollzug eines angefochtenen Verwaltungsaktes widerspräche, in diesem Falle die Beschwerde der Verwaltungsbehörde zuzulassen und damit die Frage des vorzeitigen Vollzuges eines noch nicht unanfechtbar gewordenen Verwaltungsaktes der Gefahr eines verwirrenden Hin und Her auszusetzen ¹⁶¹⁾. Dieser Gesichtspunkt trifft jedoch

159) vgl. Simon, Alfons, Baugenehmigung und sofortiger Vollzug, BayVBl. 1966, 267;

160) so OVG Lüneburg, DVBl. 1968, 47 (48). Zustimmend Menger und Erichsen im VerwArch. 59 (1968), S. 286 ff.; BVerwG, BayVBl. 1969, S. 98 f.; a.A. Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 50; Redeker-von Oertzen, § 80, RdNr. 52; Ule, VwGO, § 80, Anm. II 2; Schunck-De Clerck, § 80, Anm. 5 e; Klinger, § 80, Anm. E 10;

161) Vgl. Menger und Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 59 (1968) S. 288.

nicht zu, wenn sich nicht die Belange eines Hoheitsträgers und eines Bürgers, sondern die letztlich gleichrangigen Interessen zweier Bürger gegenüberstehen. Diese sind in bezug auf die Rechtsmittel gleich schutzbedürftig und müssen daher nach Art. 3 GG auch gleich behandelt werden. Das OVG Lüneburg ¹⁶²⁾ hätte daher, wenn es die Beschwerde des Bauherrn für unzulässig gehalten hätte, die Sache nach Art. 100 Abs. I GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen müssen. Die Vorschrift läßt sich indessen durchaus verfassungskonform auslegen.

Nach § 146 Abs. I VwGO steht gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, die nicht Urteile oder Vorbescheide sind, den Beteiligten oder sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht zu, soweit nicht in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Diese Vorbehaltsklausel führt auf § 80 Abs. VI VwGO, der jedoch als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist. Wenn man berücksichtigt, daß § 80 zu den besonderen Vorschriften über die Anfechtungsklage behört, die der Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem von einem - belastenden - Verwaltungsakt betroffenen Bürger einerseits und der Behörde andererseits dient, so ist der Gesetzgeber - jedenfalls in § 80 Abs. VI - ersichtlich von dieser Konstellation ausgegangen, ohne dabei einen Drittbeteiligten in Betracht zu ziehen ¹⁶³⁾. Bei dieser Sachlage ist es geboten, die Rechtsmittelbeschränkung des § 80 Abs. VI S. 2 VwGO allein auf die Behörde anzuwenden, deren Aussetzungsbeschluß einstweilen suspendiert worden ist. Für die beteiligten Bürger kann sie hingegen keine Geltung beanspruchen. Freilich ergibt sich diese Auffassung nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 80 Abs. VI VwGO; es geht aber letztlich darum, daß die Vorschrift zweckgerecht ausgelegt werden muß und daß "nicht sein kann, was verfassungsrechtlich nicht sein darf" ¹⁶⁴⁾.

162) DVB1. 68, 47 (48);

163) Vgl. Fromm, VerwArch., Bd. 56 (1965), S. 26 f..

164) So Menger-Erichsen, a.a.O., S. 288.

Zusammenfassung

Der vorläufige Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung läßt sich nach dem dargestellten System befriedigend lösen.

Widerspruch und Anfechtungsklage des Drittbelasteten entfalten gem. § 80 Abs. I VwGO aufschiebende Wirkung. Der von dem Verwaltungsakt Begünstigte kann beim Gericht der Hauptsache hiergegen den Antrag stellen, die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung zu verpflichten. Gegen einen stattgebenden Beschluß - Anordnung der sofortigen Vollziehung - steht dem Drittbelasteten trotz des scheinbar entgegenstehenden § 80 Abs. VI S. 2 VwGO die Beschwerde zu. Gegen einen ablehnenden Beschluß - Verweigerung der sofortigen Vollziehung - hat der Begünstigte die gleiche Beschwerdemöglichkeit. Im Gegenfall steht dem Nachbarn unmittelbar nach § 80 Abs. V VwGO der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu. Beide Beteiligte haben auch bei dieser Fallgestaltung das Beschwerderecht gegen sie jeweils beschwerende Beschlüsse.

Bei dieser Einordnung des vorläufigen Rechtsschutzes bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung in die Regelung des § 80 VwGO wird ein unübersichtliches Nebeneinander verschiedener Klage- und Verfahrensarten vermieden.

Der Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO ist demgegenüber nur dann gegeben, wenn ein Bauherr sich nicht an die Suspendierung der Baugenehmigung hält und "schwarz" weiterbaut. Dieser Antrag ist nur in den Fällen begründet, in denen der Antragsteller "schlüssig" die Verletzung von Vorschriften des objektiven Baurechts behauptet, die (auch) ihm ein Recht auf ihre Einhaltung gewähren.

VIERTER TEIL

Grundsätze der Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO

I. Die Anordnungstatbestände

Der Gesetzgeber hat in § 123 Abs. I VwGO die Formulierungen der §§ 935, 940 ZPO übernommen, die sich - wie bereits Quaritsch ¹⁾ bemerkte - nicht eben durch besondere Klarheit auszeichnen. Bei ihrer Auslegung und Anwendung ist zu berücksichtigen, daß es sich um einen Text handelt, der vor nahezu 100 Jahren "für eine andere Materie, für einen anderen Prozeßzweig und keineswegs sonderlich überlegt geschaffen worden ist" ²⁾. Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung seinerseits hatte schon auf eine eigene neue Fassung der Anordnungstatbestände verzichtet und sich bei der Formulierung der §§ 935, 940 ZPO stark an ältere Regelungen der Materie in den Prozeßgesetzen der Länder angelehnt ³⁾.

1) a.a.O., S. 231;

2) So Quaritsch, a.a.O..

3) Vgl. Begründung des Entwurfs (II) einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes (1872) S.592 mit Bezug auf die Regelungen in § 519 der Allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Hannover v. 8.11.1850 (Oppermann, Allgemeine bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover und Gesetz die Übergangsbestimmungen in das neue Proceßverfahren betreffend, Göttingen 1852); § 625 der Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden v. 18.3.1864 (Amtl.Ausgabe, Karlsruhe 1864); Art. 844 der Civilproceß-Ordnung für das Königreich Württemberg v. 3.4.1868 (Die neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg, Amtl. Handausgabe Bd. 2, Stuttgart 1868) sowie § 605 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern v. 29.4.1869 (Amtl. Ausgabe München 1869) - hier als "Vorsichtsverfügungen" bezeichnet - und schließlich § 823 des Entwurfs einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat (1864).

Diese Normen wiederum stellen die Kodifikation der geschichtlich gewachsenen Formen der Sicherungs- und der Regelungsanordnung dar, die später von der Rechtsprechung um die Variante der Leistungsanordnung zur Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse erweitert wurden.

Für die Auslegung und Anwendung der Tatbestände der einstweiligen Verfügung in der Zivilprozeßordnung lassen sich jedoch aus der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsinstitutes nur bedingt Schlüsse ziehen. Dies gilt - wegen der Verschiedenheit der Prozeßzweige - um so mehr für die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, die zwar den Wortlaut der §§ 935, 940 ZPO übernommen hat, deren Bedeutung und Anwendungsbereich sich aber - wie sich im folgenden zeigen wird - von der einstweiligen Verfügung des Zivilprozesses entsprechend dem System der Verwaltungsgerichtsordnung in wesentlichen Punkten unterscheidet.

Der Versuch, eine klare Abgrenzung der beiden in § 123 Abs. I S. 1 und S. 2 VwGO enthaltenen Anordnungstatbestände vorzunehmen, begegnet wegen deren verschwommener Fassung erheblichen Schwierigkeiten. In der Rechtsprechung werden einstweilige Anordnungen vorwiegend auf § 123 Abs. I S. 2 VwGO gestützt⁴⁾. Dies geschieht offenbar aus der Erwägung, daß dieser Tatbestand eine umfassende Generalklausel darstellt; auf dessen Verhältnis zur Regelung des Satzes 1 wird dabei freilich nicht eingegangen, insbesondere nicht geprüft, inwiefern Satz 1 einen Sondertatbestand normiert. Wenngleich in der Praxis kein Bedürfnis für die Trennung der beiden Tatbestände bestehen mag⁵⁾ und die Neufassung der unscharfen Tatbestände der §§ 935, 940 ZPO schon viel-

4) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 882.

5) schon § 30 BVerwGG und § 64 Rh.-Pf.VGG verzichteten darauf und begnügten sich mit einem dem § 123 Abs. I S. 2 VwGO entsprechenden Auffangtatbestand;

fach gefordert wurde ⁶⁾, so empfiehlt es sich doch für die Darstellung der Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze des § 123 VwGO, die Systematik der gesetzlichen Regelung zugrunde zu legen. Dieses Verfahren ermöglicht eine Verwertung der von der Rechtsprechung zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen entwickelten Grundsätze, wobei in teleologischer Interpretation des § 123 VwGO allerdings stets zu prüfen sein wird, ob diese mit dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit vereinbar sind.

1. Die Sicherungsanordnung des § 123 Abs. I S. 1 VwGO

Der Tatbestand des § 123 Abs. I S. 1 VwGO bezweckt die Erhaltung und Sicherung eines bestehenden Zustandes, wenn im Falle seiner Veränderung die Verwirklichung eines Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Voraussetzung für den Erlaß dieser Art der einstweiligen Anordnung ist also ein bereits bestehendes Recht des Antragstellers, das durch eine Zustandsänderung beeinträchtigt werden könnte.

Vorläufigen Rechtsschutz vor belastenden hoheitlichen Eingriffen in bereits bestehende Rechtspositionen gewährt jedoch - wie oben erörtert - ausschließlich der Suspensiv-effekt des § 80 VwGO. Für den Bereich der Eingriffsverwaltung stößt dieser Tatbestand somit ins Leere, weil der vorläufige Rechtsschutz hier durch den automatisch eintretenden Suspensiveffekt wirkungsvoller gewährleistet wird und der Erlaß einstweiliger Anordnungen für diesen Bereich durch § 123 Abs. V VwGO ausdrücklich ausgeschlossen ist.

6) vgl. z.B. Blomeyer, ZZP Bd. 65 (1952), S. 55. Der Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes von Ule übernimmt jedoch - mit Hinweis darauf, daß er nicht die Absicht einer durchgreifenden Reform des geltenden Verwaltungsprozeßrechts verfolge (vgl. S. VII a.a.O.) - in seinem § 150 die Formulierung der ZPO und der VwGO;

Auch auf die Leistungsverwaltung ist die Regelung des § 123 Abs. I S. 1 VwGO grundsätzlich nicht anwendbar. Wenn die Behörde es ablehnt oder unterläßt, dem Antragsteller ein begehrtes Recht einzuräumen, so kann dieses (noch) nicht existente Recht logischerweise nicht durch eine Zustandsänderung gefährdet sein.

Schließlich regelt sich der vorläufige Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung - wie oben dargelegt - ausschließlich nach § 80 VwGO ⁷⁾, so daß auch hier der Tatbestand des § 123 Abs. I S. 1 VwGO nicht eingreifen kann.

Gleichwohl ist aber die Regelung des § 123 Abs. I S. 1 VwGO nicht überflüssig ⁸⁾, denn der Bestand eines Rechtes kann nicht lediglich durch Eingriffsverwaltung, sondern auch durch schlichte Hoheitsverwaltung beeinträchtigt werden. So in dem von Wieseler ⁹⁾ angeführten Beispielsfall, daß ein Zollbeamter einen Pkw wegen Zollhinterziehung gemäß §§ 396 AO, 98 StPO, 152 GVG beschlagnahmt und den Wagen so abstellt, daß er sowohl Wind und Wetter als auch dem Zugriff Dritter schutzlos ausgesetzt ist; es besteht hier die Gefahr, daß infolge einer Zustandsänderung - z.B. Verrostung oder Beschädigung durch Dritte - das Eigentumsrecht des Betroffenen verletzt werden könnte. Da auch die Verletzung subjektiver P r i v a t r e c h t e durch Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung die Gefährdung eines "Rechts" im Sinne des § 123 VwGO darstellen kann ¹⁰⁾, ist

- 7) das nach hier vertretener Auffassung über § 123 VwGO zu verfolgende Einschreiten der Behörde gegen die Bauausführung gehört nicht hierher, da der Antragsteller nicht sein Recht auf Einhaltung der nachbarschützenden Vorschriften durch die Behörde verfolgt, sondern deren Tätigwerden gegen die faktische Vereitelung dieses Rechts durch Dritte b e a n s p r u c h t;
- 8) so anscheinend Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. II 2 a;
- 9) a.a.O., S. 172;
- 10) vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. II 2 b sowie Verwaltungsprozeßrecht, § 67, II 2 b; Klinger, VwGO, § 123, Anm. B 1;

in diesen Fällen der Erlass einer einstweiligen Anordnung des Inhalts möglich, daß der Behörde aufgegeben wird, die Eigentumsrechte des Betroffenen zu wahren ¹¹⁾.

Der Tatbestand des § 123 Abs. I S. 1 VwGO gewinnt also in den Fällen praktische Bedeutung, in denen durch schlichte öffentliche Verwaltung der Bestand einer Rechtsposition des Einzelnen gefährdet wird.

a) Der "Streitgegenstand"

Das Verwaltungsgericht kann nach § 123 Abs. I S. 1 VwGO eine einstweilige Anordnung "in bezug auf den Streitgegenstand" erlassen. Der Begriff des Streitgegenstandes wurde, ebenso wie der ganze Tatbestand, unverändert aus der ZPO übernommen. Wie im Zivilprozeßrecht ist der Inhalt dieses Begriffes auch im Verwaltungsrecht äußerst umstritten ¹²⁾. Für das Verwaltungsprozeßrecht werden im wesentlichen drei Theorien vertreten. Streitgegenstand ist nach der ersten die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts ¹³⁾, nach der zweiten der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts ¹⁴⁾ und nach der dritten die Rechtsbehauptung des Klägers ¹⁵⁾.

Bereits der Wortlaut dieser Definitionen läßt erkennen, daß sie sich ausschließlich auf die Anfechtungsklage beziehen. Der Theorienstreit hat sich hier entzündet, weil § 79 Abs. I Nr. 1 VwGO zwar den Gegenstand der Anfechtungsklage

11) Weitere Beispiele in BVerwG, DVBl. 62, 678 ff.; Vorgehen gegen einen Bericht des Luftfahrtbundesamtes; VGH Stuttgart, NJW 1949, 838 (839) mit Anm. von Bachof. Vorgehen gegen eine Flußbegradigung, durch die ein Wassernutzungsrecht gegenstandslos würde.

12) Vgl. dazu Rosenberg, § 88 Abs. II; Menger, VerwArch. 50 (1959), 394; Wacke, AöR 79, 158 ff.; Niese, JZ 52, 353 f.; Pfeifer, DVBl. 63, 653; Martens, DÖV 64, 365.

13) so Niese, JZ 1952, 353 f.;

14) so Bettermann, DVBl. 1953, 163 ff. und 202 ff.;

15) So Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 158; vgl. auch Lerche, BayVBl. 56, 295; Eyermann-Fröhler, § 121, Anm. 10 c zu § 123.

bestimmt, also das Verhältnis des ursprünglichen Bescheids zum Widerspruchsbescheid regelt, über den Streitgegenstand selbst aber nichts aussagt. Der Streitgegenstand der Verpflichtungsklage wird in der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns oder in dem behaupteten Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt gesehen¹⁶⁾, der Streitgegenstand der Feststellungsklage schließlich wird bestimmt mit der begehrten Feststellung¹⁷⁾. Alle diese Theorien, die im einzelnen hier nicht untersucht werden können, beziehen sich indessen auf den Katalog der Klagearten in §§ 42, 43 VwGO und der möglichen Entscheidungen im Hauptsacheverfahren (§ 113 VwGO). Da der Erlaß einstweiliger Anordnungen gemäß § 123 Abs. I S. 1 VwGO auch schon vor Klageerhebung möglich ist, verbietet sich ihre Übertragung auf den Streitgegenstand des Anordnungsverfahrens schon aus diesem Grunde. Es ist auch deshalb nicht möglich, den vermutlichen Streitgegenstand der (künftigen) Klage heranzuziehen, weil es dem Antragsteller angesichts der in Betracht kommenden Typen der Verpflichtungs- und Leistungsklage, der Feststellungs- und vorbeugenden Feststellungsklage und schließlich der Unterlassungsklage nicht möglich und nicht zumutbar sein wird, sich von vornherein auf eine bestimmte Klageart festzulegen¹⁸⁾. Eine Übernahme der heute herrschenden Lehre vom Streitgegenstand auf das hier zu untersuchende Rechtsinstitut scheidet schließlich deswegen aus, weil zum Zeitpunkt der Schaffung des § 935 ZPO unter Streitgegenstand einfach die Sache verstanden wurde, um die der Streit ging¹⁹⁾. Diese Begriffsbestimmung ist nach heutiger Auffassung sowohl für das Hauptsache- wie für das Anordnungsverfahren viel zu eng und daher nicht brauchbar. Mit Quaritsch²⁰⁾ ist davon auszugehen, daß für die Bestimmung des Streitgegenstandes im

16) für ersteres Niese, JZ 1952, S. 356 f.; für letzteres z.B. Bettermann, DVBl. 1953, S. 763; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 194;

17) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 203.

18) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 233.

19) Vgl. den Entwurf (I) einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, §§ 731 - 736, S. 496.

20) a.a.O., S. 233 f.;

Verfahren nach § 123 VwGO weder die Auffassung des Gesetzgebers der ZPO noch der Begriff des Streitgegenstandes verwertbar ist, den § 121 VwGO zur Bestimmung der materiellen Rechtskraft verwendet, sondern eine brauchbare Definition nur zu gewinnen ist, wenn man den Begriff nach dem Sinn und Zweck der einstweiligen Anordnung interpretiert.

Unter "Gegenstand" ist nach der im Zivilrecht herrschenden Meinung ein individualisierbares, vermögenswertes Recht der natürlichen Welt zu verstehen, über das ein Rechtssubjekt Rechtsmacht ausüben kann. Darunter fallen die beweglichen und unbeweglichen Sachen des Privatrechts, Energien (z.B. Elektrizität), Immaterialgüterrechte sowie Forderungs- und sonstige Vermögensrechte, nicht dagegen Personen, Handlungen, Besitz, Persönlichkeits- und Familienrechte und unselbständige Gestaltungsrechte (z.B. Kündigungsrecht) ²¹⁾. Diese für das BGB entwickelte Definition muß für die Bedürfnisse des Verwaltungsprozesses unter Verzicht auf das Merkmal des Vermögenswertes erweitert werden auf die öffentlichen Sachen (Wasser, Luft) und deren Teile (z.B. Anliegerzufahrt zu einer öffentlichen Straße). Im übrigen ist für das Verwaltungs p r o z e ß recht als Zweckmäßigkeitsrecht eine weite Auslegung dieses Begriffes geboten. Als Gegenstand sind daher für die einstweilige Anordnung alle Erscheinungen zu werten, die einer Zustandsänderung fähig sind, durch die dem Antragsteller die Verwirklichung eines Rechtes erschwert würde ²²⁾.

Der so verstandene Gegenstand befindet sich im Streit, wenn in bezug auf ihn unter den Verfahrensbeteiligten Meinungsverschiedenheiten bestehen, wenn er also die Grundlage eines auszutragenden Interessengegensatzes bildet. Bezugspunkt dieses Streitgegenstandes im Anordnungsverfahren ist der Zustand, die tatsächliche Lage, in der er sich befindet und deren tatsächliche Veränderung ein Recht des Antrag-

21) Vgl. Staudinger, Komm.z. BGB, 11. Aufl. 1957, Erl. II vor § 90.

22) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 234.

stellers, das nicht notwendig an dem Streitgegenstand selbst bestehen muß, beeinträchtigen könnte ²³⁾. Der Streitgegenstand im Anordnungsverfahren ist also nicht an der Rechtmäßigkeit der Zustandsänderung ausgerichtet - diese ist Gegenstand des Hauptverfahrens -, sondern an der bloßen Tatsache dieser Zustandsänderung und deren Folge, daß dadurch ein Recht des (der) anderen Beteiligten verletzt werden k ö n n t e. Insofern ist "Zustand" im Sinne des § 123 Abs. I S. 1 VwGO nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Lage des Streitgegenstandes, an dem die Beteiligten aktiv oder passiv beteiligt sind; die einstweilige Anordnung dient hierbei zur Erhaltung des status quo in beiderlei Hinsicht, bis über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Zustandsänderung endgültig entschieden wird.

b) Recht des Antragstellers

Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zum Schutze des Antragstellers vor ändernden Einwirkungen auf den Streitgegenstand ist weiterhin, daß hierdurch sein R e c h t verletzt sein könnte. Als Recht im Sinne des § 123 VwGO kommt zunächst nur ein solches in Frage, dessen Schutz dem Verwaltungsgericht obliegt, also nur solche Rechte, zu deren Verfolgung gemäß § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg offensteht ²⁴⁾. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zum Erlaß einstweiliger Anordnungen reicht nicht weiter als ihre Gerichtsbarkeit überhaupt ²⁵⁾. Der Zweck der einstweiligen Anordnung, den Rechtsstreit durch Sicherung des status quo entscheidungsfähig zu halten, ist nicht gegeben, wenn das Gericht zur Entscheidung der Hauptsache als solcher nicht zuständig ist. In diesem Sinne ist auch der Inhalt des Begriffes "Recht" in § 123 VwGO zu bestimmen. Es müssen darunter alle Berechtigungen fallen, die

23) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 234, Fußn. 119.

24) Vgl. BayVGH, BayVB1. 65, 207; OVG Münster, DÖV 67, 99.

25) Vgl. OVG Koblenz, AS, Bd. 6, 386 ff. (390).

nach den zu § 42 Abs. II VwGO entwickelten Grundsätzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren verfolgt werden können; denn es steht zu vermuten, daß der Begriff "Recht" innerhalb der Verwaltungsgerichtsordnung die gleiche Bedeutung besitzt ²⁶⁾. Die Annahme einer Identität der von der Anfechtungsklage und von der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. I S. 1 VwGO geschützten Rechtsgüter ist um so naheliegender, als sich beide Institute gegen rechtsbeeinträchtigende Zustandsänderungen richten, deren Vollzug lediglich im ersten Falle durch Verwaltungsakt, im zweiten Falle durch sonstige Maßnahmen meist tatsächlicher Natur geschieht.

Recht im Sinne des § 123 Abs. I S. 1 VwGO ist daher ein Recht oder wenigstens rechtlich geschütztes Interesse des Antragstellers, wie es Rechtsprechung und Lehre zu § 42 VwGO entwickelt haben ²⁷⁾. Wie bereits angedeutet, braucht dabei das gefährdete Recht kein subjektiv-öffentliches Recht sein; auch die Verletzung eines subjektiven Privatrechtes durch eine Maßnahme der öffentlichen Verwaltung kann eine Gefährdung im Sinne des § 123 Abs. I S. 1 VwGO darstellen ²⁸⁾, denn auch Privatrechte müssen von der öffentlichen Verwaltung respektiert werden. Es fallen also zunächst unter den Begriff des Rechts in § 123 Abs. I S. 1 VwGO alle subjektiv-öffentlichen und auf bürgerlich-rechtlichen Normen beruhende Rechte sowie die r e c h t l i c h geschützte Interessensphäre des Antragstellers ²⁹⁾.

Darüber hinaus kann aber auch die Verletzung des o b j e k-
t i v e n Rechts - etwa durch fehlerhafte Ausübung des

26) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 235.

27) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, Anm. 90 - 100.

28) vgl. Wieseler, a.a.O., S. 172; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. II 2 b; Klinger, § 123, Anm. B 1; für die Zulässigkeit der Leistungs- bzw. Feststellungsklage in diesen Fällen vgl. BVerwG, DVBl. 62, 678 (680);

29) Vgl. Klinger, § 123, B 1; Schunck-De Clerck, § 123, Anm. 2 a; dagegen Wieseler, a.a.O., S. 172, Fußn. 8, der allerdings nur von "Interessensphäre" spricht.

Ermessens - als Gefährdung eines "Rechts" im Sinne des § 123 Abs. I S. 1 VwGO in Frage kommen ³⁰⁾.

Die herrschende Lehre in Rechtsprechung und Literatur allerdings lehnt den Erlaß einstweiliger Anordnungen in Ermessensangelegenheiten grundsätzlich ab ³¹⁾. Diese Auffassung wird im wesentlichen - wenn überhaupt - damit begründet, daß das lediglich f o r m a l e öffentliche Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung nicht durch § 123 VwGO geschützt werden könne ³²⁾, weil die - hier allein in Frage stehende - Ablehnung einer behördlichen Ermessensentscheidung nicht in den geschützten Rechtskreis des Einzelnen eingreife, sondern die Behörde sich vielmehr weigere, den Rechtskreis des Antragstellers zu erweitern. Weil nun ein m a t e r i e l l e r Anspruch auf Vornahme des beantragten Verwaltungsaktes nicht bestehe, verletze eine rechtswidrige Ablehnung lediglich das formelle Recht auf fehlerfreie Ermessenshandhabung. Vorläufiger R e c h t s - schutz käme aber nur für materielle Rechte in Frage. Formelle Rechte hingegen könnten nicht durch die Verpflichtung der Behörde geschützt werden, dem Antrag zu entsprechen, sondern nur durch fehlerfreie Ermessensausübung. Die Ver-

30) Vgl. De Clerck, Einstweilige Anordnung im Verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 1956, S. 1337 ff. (1338); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. II 2, der als Beispiel eine Verpflichtungsklage anführt, die auf Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bei Ausübung des Ermessens gestützt wird und meint, nach richtiger Auffassung liege hier die Verletzung eines subjektiven Rechtes vor.

31) Vgl. etwa Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123, RdNr. 14; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I; ders. Verwaltungsprozeßrecht, S. 217; Koehler, VwGO, § 123, Anm. III 6; Schunck-De Clerck, § 123, 3 c; Bachof, Aussetzung der Vollziehung, S. 329; Rambeck, a.a.O., S. 1334; Eichhorn, Diss. S. 161 f.; Forsthoff, a.a.O., S. 510; BayVGh, VRspr. 10, 538 ff. (542); BayVB1. 1968, 359; OVG Münster, AS 13, 119; Bad.-Württ.VGH, VRspr. 12, 1010 f.; VGH Kassel, ESVGH 12, I, S. 67; OVG Lüneburg, NJW 60, 1879 und DVBl. 68, 263; - unentschieden dagegen OVG Koblenz, OVGE 5, 189 (190); a.A. nur De Clerck, a.a.O., S. 1338, Rohmeyer, a.a.O., S. 187 ff.; VG des Saarlandes, DVBl. 1968, 263 mit Anm. v. Rohmeyer, ebenda S. 265 ff.;

32) so Quaritsch, a.a.O., S. 359;

pflichtung der Behörde, erneut unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Gerichts eine Ermessensentscheidung zu treffen, sei indessen eine Entscheidung in der Sache selbst und könne deshalb nur durch verwaltungsgerichtliches Urteil - in Form eines Bescheidungsurteils nach § 113 Abs. IV S. 2 VwGO - ausgesprochen werden.

Dieser Argumentation wird von Rohmeyer ³³⁾ entgegengehalten, daß in unstatthafter Weise aus der angeblichen Unzulässigkeit bestimmter Mittel der einstweiligen Anordnung (Verpflichtung der Behörde zu neuerlicher Entscheidung) auf die Unzulässigkeit der einstweiligen Anordnung in Ermessenssachen schlechthin geschlossen werde. Es soll deshalb anhand der sog. "Versetzungssachen" die herrschende Meinung in diesem Punkt auf ihre Berechtigung geprüft werden. Auszugehen ist dabei von dem Fall, daß ein nicht versetzter Schüler den Beschluß der Lehrerkonferenz anfecht, mit der Verpflichtungsklage die Versetzung in die nächsthöhere Klasse begehrt und beantragt, durch einstweilige Anordnung vorläufig zum Unterricht dort zugelassen zu werden. Das hierbei auftretende Problem der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung soll hier noch außer Betracht bleiben ³⁴⁾.

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg hat in seiner Grundsatzentscheidung zur einstweiligen Anordnung in Versetzungssachen ³⁵⁾ die eben erwähnte Problematik ausdrücklich unentschieden gelassen und den Erlaß einer einstweiligen Anordnung deswegen als unzulässig abgelehnt, weil es sich bei dem in der Hauptsache umstrittenen Versetzungsbeschluß um eine Ermessensentscheidung der Schulbehörde handle, die das Gericht auch nicht vorläufig durch eine eigene Ermessensmaßnahme ersetzen dürfe. Bevor nun diese These auf ihre Richtigkeit im Hinblick auf den Erlaß einstweiliger Anordnungen geprüft wird, bedarf es einer Anmerkung zur Rechtsnatur von Versetzungsbeschlüssen. Wenn das OVG Lüneburg

³³⁾ a.a.O., S. 197;

³⁴⁾ Dazu im einzelnen unter "V o r l ä u f i g k e i t".

³⁵⁾ OVG Lüneburg, NJW 60, 1879;

den Versetzungsbeschluß als Ermessensentscheidung qualifizierte, so befand es sich hiermit auf dem Boden der früher ganz herrschenden Lehre ³⁶⁾, die auch heute noch ihre Vertreter hat ³⁷⁾. Geht man jedoch mit der heute wohl herrschenden Lehre davon aus, daß die Ermessensentscheidung dadurch gekennzeichnet wird, daß der Gesetzgeber mehrere verschiedene Lösungsmöglichkeiten als gleichermaßen "richtig" anerkennt ³⁸⁾, so fehlt dem Versetzungsbeschluß das maßgebende Kriterium einer Ermessensentscheidung. Denn der Gesetzgeber sieht nicht den Versetzungs- oder den Nichtversetzungsbeschluß im konkreten Einzelfall als gleichermaßen richtig an; richtig kann immer nur das eine oder das andere sein. Der Versetzungsbeschluß kann daher nicht als Ermessensakt im eigentlichen Sinne bezeichnet werden, sondern als pädagogisches Werturteil, dem auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe zugrunde liegen, die der Behörde einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen.

Das Ergebnis des OVG Lüneburg kann jedoch gleichwohl für die hier zu behandelnde Frage nach der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen zugrunde gelegt werden, denn auch Verwaltungsakte, bei denen ein behördlicher Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, sind im Kernbereich dieses Beurteilungsspielraumes vom Verwaltungsgericht nicht nachprüfbar und stehen insoweit einer Ermessensentscheidung im Ergebnis gleich ³⁹⁾. Es werden daher von der Rechtsprechung in den als "Beurteilungssachen" qualifizierten Versetzungsangelegenheiten - soweit einstweilige Anordnungen in Frage

36) vgl. z.B. Ule, Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 169, Anm. 124; Quaritsch, a.a.O., S. 363;

37) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 114, RdNr. 9 a; BayVGh, BayVBl. 68, 359.

38) vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 124 f.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 114, Anm. III mit eingeh. Nachw.; Menger, HRR, VerwArch. 50, 278 ff.; Wolff, Lb. 1, S. 141; Quaritsch, a.a.O., S. 363 f.; BVerwG 12, 29 (34) mit Nachweisen;

39) Vgl. BVerwG E 8, 272 (274 f.).

stehen - die Maßstäbe übernommen, die nach herrschender Lehre für Ermessensakte gelten⁴⁰⁾. Die von Quaritsch⁴¹⁾ getroffene Trennung von Beurteilungs- und Ermessenssachen für den Bereich vorläufigen Rechtsschutzes kann demgegenüber nicht überzeugen, denn sie stützt sich - wie Rohmeyer⁴²⁾ zutreffend bemerkt - auf die Problematik des umstrittenen gerichtsfreien Beurteilungsspielraumes überhaupt und arbeitet andererseits mit Argumenten, die gleichermaßen für Ermessensangelegenheiten gelten. Sie mag sich lediglich aus dem Bedürfnis erklären, die Versetzungsangelegenheiten aus dem Bereich der echten Ermessenssachen herauszunehmen, weil für diese nach Quaritsch der Erlaß einstweiliger Anordnungen unzulässig ist⁴³⁾. Für die weitere Untersuchung wird daher von der Identität der Kriterien ausgegangen, die beim Erlaß einstweiliger Anordnungen in Beurteilungs- und Ermessenssachen zu beachten sind⁴⁴⁾, so daß die Entscheidung des OVG Lüneburg in ihrem Ergebnis allgemein zugrunde gelegt werden kann.

Kernpunkt der Entscheidung ist die von der herrschenden Meinung verwandte Faustregel, daß im Rahmen des § 123 VwGO nur die Anordnung einer Maßnahme beantragt werden könne, auf die das angerufene Verwaltungsgericht auch durch Urteil erkennen könne⁴⁵⁾, daß "Inhalt und Mittel einer einstweiligen Anordnung aber nicht weiter reichen könnten als die Urteilskompetenz des Gerichts"⁴⁶⁾. Mit dieser Faustregel wird die prozessuale Vorschrift des § 113 Abs. IV S. 1 VwGO, wonach das Urteil in der Hauptsache bei der hier allein in Frage stehenden Verpflichtungsklage in Ermessens-

40) Vgl. z.B. OVG Münster, JZ 62, 322; OVG Lüneburg, VRspr. 15, 109 (112 f.); VGH Kassel, ESVGH 12, I, S. 97;

41) a.a.O., S. 362 ff.;

42) a.a.O., S. 189;

43) A.a.O., S. 359.

44) so auch Rohmeyer, a.a.O., S. 189;

45) vgl. z.B. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123, RdNr. 6; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I; Koehler, VwGO, § 123, Anm. III 6; Rambeck, a.a.O., S. 1334; Forsthoff, a.a.O., S. 510; OVG Münster, AS 13, 119;

46) So Quaritsch, a.a.O., S. 358 f.; OVG Münster, NJW 59, 1989 (1990).

sachen nur unter der engen Voraussetzung der Spruchreife eine Verpflichtung der Behörde aussprechen kann, auf das Institut der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO übertragen. Entsprechend diesem Ausgangspunkt wird die einstweilige Anordnung in Ermessenssachen nur dann zugelassen, wenn nach Sachlage nur mehr eine einzige Ermessensentscheidung rechtmäßig sein kann, die Möglichkeit der Ermessensausübung also auf einen einzigen Punkt zusammengeschrumpft ist ⁴⁷⁾. Dabei wird eingeräumt, daß eine solche Spruchreife praktisch nie vor der Entscheidung in der Hauptsache gegeben sein werde ⁴⁸⁾, so daß der Erlaß einstweiliger Anordnungen in Ermessensangelegenheiten praktisch nicht in Frage komme.

Dieser Argumentation liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, daß Hauptsacheentscheidung und richterliche Zwischenregelung im Verhältnis von plus und minus zueinander stehen und daß die einstweilige Anordnung gegenüber dem Urteil in der Hauptsache nur eine engere Spruchmacht darstelle, im übrigen aber von gleicher Qualität wie jenes sei. Dabei wird übersehen, daß die Streitgegenstände des Anordnungsverfahrens und des Hauptverfahrens der unterschiedlichen Zweckbestimmung beider Entscheidungsmöglichkeiten entsprechend verschieden sind: Während im Hauptverfahren eine abschließende Rechtsentscheidung über den Streitgegenstand getroffen wird, bezweckt das Anordnungsverfahren lediglich die Erhaltung und Sicherung des status quo, um eine Entscheidung in der Hauptsache nicht gegenstandslos zu machen, den Rechtsstreit also entscheidungsfähig zu erhalten. Dieser unterschiedlichen Zweckrichtung beider Sprucharten gemäß unterscheiden sich auch die Möglichkeiten des Entscheidungsinhaltes. Die Grenzen der Sachurteilskompetenz, wie sie unter anderem durch § 113

47) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123, RdNr. 14; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I; Koehler, VwGO, § 123, Anm. III 6; Rambeck, a.a.O., S. 1334; Quaritsch, a.a.O., S. 358 ff.; Eichhorn, Diss. S. 161 f..

48) Quaritsch, a.a.O., S. 359;

Abs. IV VwGO gezogen werden, können daher nicht automatisch Geltung für das Anordnungsverfahren beanspruchen. Das Gesetz selbst stellt vielmehr ausdrücklich klar, daß die richterliche Befugnis zum Erlaß von Zwischenregelungen nicht an die Grenzen der Urteilskompetenz in der Hauptsache gebunden ist. Dies ergibt sich einmal daraus, daß die gemäß § 123 Abs. III VwGO auch im Verwaltungsprozeß gegebenen Entscheidungsmöglichkeiten gemäß § 938 Abs. II ZPO im Falle der Sequestration und auch in den meisten Fällen richterlicher Verbote und Gebote eine Gestaltung beinhalten, auf die durch Endurteil nicht erkannt werden könnte, zum anderen daraus, daß die Regelung des § 113 VwGO für § 123 VwGO nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist und eine Spezialregelung für die einstweilige Anordnung fehlt, woraus sich e contrario der Schluß ziehen läßt, daß die Grenzen des § 113 VwGO für die einstweilige Anordnung nicht gelten sollen ⁴⁹⁾.

Aber auch der bereits angesprochene Sinn der einstweiligen Anordnung - den Rechtsstreit durch Erhaltung des status quo entscheidungsfähig zu halten - läßt die Übertragung des § 113 VwGO auf dieses Institut als unstatthaft erscheinen. Denn das Ziel der Sicherung und Erhaltung des status quo hat gerade in Ermessens- und Beurteilungssachen seine Bedeutung: Es nützt dem Schüler in dem Ausgangsfall nichts, wenn er ein obsiegendes Urteil erlangt, aber während der Dauer des Prozesses den Anschluß an seine frühere Klasse verloren hat. Wenn der Gesetzgeber in der allgemeinen Regelung des § 123 VwGO und für den Bereich der Anfechtungsklage durch die Spezialregelung des § 80 VwGO den Zweck verfolgte, dem Betroffenen einen effektiven Rechtsschutz dadurch zu gewährleisten, daß eine praktische Überholung des Rechtsstreites durch faktische Entwicklungen außerhalb des Prozesses verhindert würden, dann kann vorläufiger Rechtsschutz gerade für Beurteilungs- und Ermessenssachen jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

49) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 191 f..

Das Problem spitzt sich damit auf die Frage zu, ob die richterliche Befugnis zum Erlaß von Zwischenregelungen dort endet, wo gemäß §§ 113 Abs. IV, 114 VwGO auch die Prüfungs- und Urteilskompetenz des Gerichts in der Hauptsache ihre Grenze findet. Das in §§ 113 Abs. IV, 114 VwGO für das Verwaltungsgericht aufgestellte Verbot soll den Ermessensbereich der Exekutive schützen und verhindern, daß der Richter sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltung setzt ⁵⁰⁾. Frage ist, ob diese für die Entscheidung in der Hauptsache aufgestellte Schranke nach ihrem Schutzzweck auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung Geltung beanspruchen kann, anders ausgedrückt, ob der Erlass einstweiliger Anordnungen in Ermessenssachen einen unzulässigen Einbruch in das Entscheidungsmonopol der Exekutive darstellt. Diese Frage läßt sich nur beantworten, wenn man sich die Schutzfunktion der §§ 113 Abs. IV, 114 VwGO vergegenwärtigt und ihre Grenzen bestimmt. § 114 VwGO erfaßt denjenigen Bereich, in dem der Exekutive vom Gesetzgeber eine Ermessensmacht dergestalt eingeräumt ist, daß sie die jeweils anstehende Frage nach eigenem, vom Gericht nach Maßgabe des § 114 VwGO nicht nachprüfaren Sachverstand e n d g ü l t i g und a b s c h l i e s s e n d entscheidet. § 114 VwGO erfaßt also nur den Bereich der unüberprüfaren e n d g ü l t i g e n Willensentscheidungen der Behörde, nicht hingegen regelt er die Frage, wem die Kompetenz zur Regelung eines v o r l ä u f i g e n S c h w e b e z u s t a n d e s i m P r o z e ß zusteht. Mit dieser Frage befaßt sich vielmehr ausschließlich § 123 VwGO, der die Befugnis zum Erlass von Zwischenregelungen während eines Rechtsstreites ausschließlich dem Richter zuweist, während es eine Befugnis der Verwaltungsbehörden zum Erlass solcher Zwischenentscheidungen - von gesetzlichen Sonderregelungen abgesehen ⁵¹⁾ - über-

50) Allg.M. vgl. z.B. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, RdNr.6; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113, Anm. II; Klinger, VwGO, § 113, Anm. D 5 c; Forsthoff, a.a.O., S. 495; Quaritsch, a.a.O., S. 359; BVerwG, DVB1. 59, 438.

51) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 218 (Anm. 46);

haupt nicht gibt ⁵²⁾. Bereits aus den verschiedenen Bezugspunkten der jeweiligen Entscheidungen - endgültige Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde einerseits, vorläufige Zwischenregelung des Gerichts zur Sicherung des status quo andererseits - ergibt sich, daß von einer Ersetzung des Verwaltungsermessens durch ein "Ermessen" des Gerichts nicht die Rede sein kann, ganz abgesehen davon, daß nach hier vertretener Auffassung das Gericht bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung keine Ermessens-, sondern eine Rechtsentscheidung trifft. Selbst wenn man aber davon ausgeht, daß dem Verwaltungsrichter beim Erlaß einstweiliger Anordnungen ein Ermessen eingeräumt ist, so handelt es sich hierbei nicht um eine K o n t r o l l e bzw. Ersetzung der endgültigen Ermessensentscheidung und der Zweckmäßigkeitserwägungen der Exekutive, also um die Ausübung der für das verwaltungsgerichtliche Urteil typischen Kontrollaufgaben, sondern um eine wertungsfreie vorläufige Maßnahme zur Bewahrung des status quo bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Gericht diese Kontrolle, etwa in Form eines Bescheidungsurteils gemäß § 113 Abs. IV S. 2 VwGO, vorgenommen hat. Die Ermächtigung zum Erlaß einstweiliger Anordnungen nach § 123 VwGO bedeutet demnach im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten um behördliche Ermessensentscheidungen eine spezielle Zuständigkeit des Verwaltungsrichters hinsichtlich der vorläufigen Gestaltung, die mit der richterlichen Rechtskontrolle im Urteil der Hauptsache nichts zu tun hat und deshalb auch nicht den Grenzen der Rechtskontrollaufgaben des Gerichtes unterliegen kann ⁵³⁾.

Diese Auffassung wird bestätigt durch einen Vergleich mit der speziellen Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes für den Bereich der Anfechtungsklage nach § 80 VwGO: Der

52) Vgl. zu diesem Problem K o p p, Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsverfahren?, BayVBl. 1968, 236 ff., der eine analoge Anwendung des § 123 VwGO auf das Verwaltungsverfahren befürwortet.

53) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 195, der allerdings die von ihm vertretene Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung als eine dem Richter zugewiesene Exekutivaufgabe als maßgebliches Unterscheidungskriterium zum Urteil als Rechtsprechungsakt heranzieht.

Suspensiveeffekt gemäß § 80 Abs. I VwGO - der eine im Gesetz selbst verankerte und automatisch eintretende gerichtliche Zwischenregelung beinhaltet - tritt auch bei der Anfechtung von Ermessensakten ein, und die hier mögliche Aussetzungsentscheidung des Verwaltungsrichters nach § 80 Abs. V VwGO entspricht in ihren Voraussetzungen und Wirkungen der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO. Ein Vergleich dieser beiden Rechtsinstitute ist um so mehr berechtigt, als die Gestaltungsformen von hoheitlicher Eingriffsverwaltung und gewährender Leistungsverwaltung heute mehr auf verwaltungstechnischen, denn auf sachlichen Erwägungen beruhen ⁵⁴⁾ und ein "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" ohne weiteres ausgetauscht werden kann in eine "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt". Es ergäben sich daher sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede im Umfang vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80 und 123 VwGO, wollte man die Streitigkeiten in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten der richterlichen Zwischenregelungsbefugnis gemäß § 123 VwGO entziehen.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß der Erlaß einstweiliger Anordnungen auch in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten möglich ist, weil das Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung als Recht im Sinne des § 123 VwGO zu gelten hat und ein unzulässiger Eingriff in den Ermessensbereich der Exekutive mit dem Erlaß einstweiliger Anordnungen nicht verbunden ist. Welche Maßnahmen hierbei möglich sind und welche Grundsätze bei deren Erlaß beachtet werden müssen, wird nachfolgend zu erörtern sein.

2. Die Regelungsanordnung

§ 123 Abs. I S. 2 VwGO gibt dem Verwaltungsrichter die Befugnis zur Regelung eines vorläufigen Zustandes, wenn diese

54) vgl. Herbert Krüger, "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 58, 673 (674 f.); ders. Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 56, 550 ff.; Quaritsch, a.a.O., S. 356 m.w.Nachw.;

Regelung vor allem zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus sonstigen Gründen nötig erscheint. Im Gegensatz zu Satz 1 der Vorschrift verlangt Satz 2 für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht eine bereits bestehende Rechtsposition des Antragstellers, sondern nur ein streitiges öffentliches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einer vorläufigen, n e u e n ⁵⁵⁾ Regelung durch das Gericht bedürftig ist, um gewisse Gefährdungssituationen für den Antragsteller abzuwehren.

a) Das Rechtsverhältnis

Dieser Begriff wurde zunächst für die Feststellungsklage entwickelt, dort allerdings von Fall zu Fall verschieden definiert, wobei der Schwerpunkt vorwiegend auf das jeweilige Feststellungsinteresse verlagert wurde ⁵⁶⁾. Klare Konturen konnte der Begriff bis heute nicht gewinnen.

Unbrauchbar ist in diesem Zusammenhang - wie Quaritsch ⁵⁷⁾ zutreffend dargelegt hat - dasjenige Rechtsverhältnis, das aus jeder Rechtsnorm erwächst, die den Normadressaten verpflichtet und das in der lediglich formalen Beziehung zwischen diesem Adressaten und dem Staat als Träger des Normwillens besteht ⁵⁸⁾: So ist z.B. das durch § 433 Abs. II BGB begründete Rechtsverhältnis des zur Kaufpreiszahlung verpflichteten Käufers zum Staat für die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß irrelevant. Gleiches gilt von den Definitionen, die subjektive Rechte oder Pflichten des Einzelnen gegenüber dem Staat an sich als Rechtsverhältnis kennzeichnen ⁵⁹⁾ oder das Wesen des Rechtsverhältnisses in

55) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 342;

56) Vgl. Bergmann, VerwArch. 49 (1958), S. 333 ff.; Quaritsch, a.a.O., S. 342.

57) a.a.O., S. 342 f.;

58) Vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe (2.Aufl. 1948), S. 153.

59) so z.B. Georg Jellinek, System der subj. öffentlichen Rechte, (1905), S. 57, 195; vgl. weiter die bei Quaritsch, a.a.O., S. 843, Fußn. 161, zit. Literatur;

der Kongruenz von Norm und Sachverhalt und den daraus resultierenden Rechtsfolgen erblicken⁶⁰⁾. Gegen die erste Umschreibung spricht, daß in § 123 VwGO nicht von Rechten (und Pflichten) die Rede ist - wie in § 42 Abs. II VwGO -, sondern eben von einem "Rechts v e r h ä l t n i s"; gegen die zweite ist einzuwenden, daß der Prozeß nur das Verhältnis bestimmter, sich gegenüberstehender Rechtssubjekte zum Gegenstand hat, wobei diese auch beide Körperschaften des öffentlichen Rechts sein können⁶¹⁾. Auszugehen ist demgegenüber grundsätzlich von der in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zu § 256 ZPO herrschenden Definition des Rechtsverhältnisses, nach der darunter die aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache zu verstehen sind⁶²⁾. Vorweg ist dazu freilich zu bemerken, daß Sachen Gegenstand von Rechten, nicht aber Partner von Rechtsverhältnissen sein können⁶³⁾. Ein Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache ist somit nicht denkbar, der entsprechende Teil der Definition daher überflüssig⁶⁴⁾. Eine Verkürzung des Rechtsschutzes ist mit dieser "engen" Auslegung⁶⁵⁾ nicht verbunden.

Weiterhin ist bei dieser Definition zu beachten, daß sie für den Zivilprozeß entwickelt wurde und nicht ohne weiteres in das System des Verwaltungsprozesses übernommen werden kann. Während der Zivilprozeß kollidierende Privatrechte

60) Vgl. dazu Wieczorek, § 253, B II c 2.

61) "Es besteht kein Grund, Kompetenzstreitigkeiten (nicht verfassungsrechtlicher Art) aus dem Bereich einstweiliger Anordnungen herauszunehmen"; so Quaritsch, a.a.O., S. 343; a.A. v. Köhler, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechtes, (1935), S. 205.

62) Vgl. RgZ 107, 304; 144, 56; 148, 6; BGHZ 5, 387; Stein-Jonas-Pohle, § 256, Anm. II 1 a; Rosenberg, § 86, II.

63) So schon Quaritsch, a.a.O., S. 243.

64) Vgl. auch Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, (3. Aufl., Nachdruck 1948), S. 191; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 43, Anm. I 2 a.

65) so aber Eyermann-Fröhler, § 43, RdNr. 3; Wieseler, a.a.O., S. 215, Fußn. 6;

zum Gegenstand hat, betrifft der Verwaltungsprozeß die Rechtssphäre des Bürgers gegenüber dem Staat oder die Rechtssphäre von juristischen Personen des öffentlichen Rechts untereinander. Die Rechtssphäre des Bürgers wird hierbei bestimmt durch seine individuelle Freiheitssphäre (negativer status), seine Leistungsansprüche gegenüber dem Staat (positiver status), seine Rechte auf Teilnahme an der staatlichen Willensbildung (aktiver status) und seine allgemeinen und gegebenenfalls im besonderen Gewaltverhältnis bestehenden Pflichten gegenüber dem Staat (passiver status); die Rechtssphäre der juristischen Personen des öffentlichen Rechts andererseits besteht in ihren auf Gesetz beruhenden Befugnissen und Zuständigkeiten⁶⁶⁾. Ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 123 VwGO entsteht immer dann, wenn diese Rechtssphären sich berühren bzw. überschneiden, wenn also entweder ein Träger öffentlicher Gewalt in Erfüllung öffentlicher Aufgaben die Rechtsstellung des Einzelnen berührt oder wenn zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes Befugnisse oder Zuständigkeiten im Einzelfall geltend gemacht werden oder kollidieren. Dieses Rechtsverhältnis ist dann streitig, wenn ein Beteiligter seine Entstehung verneint, also einen rechtswidrigen Übergriff des anderen Beteiligten behauptet. Das "streitige Rechtsverhältnis" umfaßt danach alle denkbaren rechtlichen und tatsächlichen Beeinträchtigungen, gegen die der Betroffene den Schutz der Verwaltungsgerichte in Anspruch nehmen kann. Diese Definition steht in Einklang mit der herrschenden Praxis, die den Erlaß einstweiliger Anordnungen meist auf die Generalklausel des § 123 Abs. I S. 2 VwGO stützt⁶⁷⁾. Dabei ist allerdings zu beachten, daß §§ 80, 123 Abs. I S. 1 VwGO gegenüber diesem allgemeinen Tatbestand des § 123 Abs. I S. 2 VwGO spezielle und deshalb vorrangige Möglichkeiten vorläufigen Rechtsschutzes darstellen.

66) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 344.

67) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 882.

Praktische Bedeutsamkeit erlangt der Tatbestand des § 123 Abs. I S. 2 VwGO hauptsächlich im Bereich der Verpflichtungs- und Leistungsklage. Die Ablehnung einer beantragten "Leistung" des Staates im weitesten Sinne berührt die Rechtsstellung (positiver status) des Antragstellers und läßt dadurch ein Rechtsverhältnis entstehen, wenn der behauptete Anspruch nicht offenbar ausgeschlossen ist ⁶⁸⁾. Diese Voraussetzung ist bei allen abgelehnten Handlungen der Behörde gegeben, die im Falle einer positiven Bescheidung des Antrags als (anfechtbarer) Verwaltungsakt aufzufassen gewesen wären ⁶⁹⁾ sowie bei allen dem öffentlichen Recht zugehörigen Rechtsgeschäften bzw. Rechtshandlungen, wenn diese sich in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, durch Einordnung in ein öffentlich-rechtliches Dienst-, Anstalts- oder Verbandsverhältnis oder unmittelbar durch Rechtsnorm ⁷⁰⁾ konkretisiert haben.

Die das Rechtsverhältnis begründende Berührung verschiedener Rechtssphären muß in allen Fällen weit gefaßt werden. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 123 Abs. I S. 2 VwGO ergibt, beschränkt sie sich nicht auf tatsächlich geschehene Rechtsverletzungen, sondern umfaßt auch schon die k o n k r e t e Gefahr, daß eine solche Rechtsverletzung bevorsteht. Denn "wesentliche Nachteile" oder "d r o h e n d e Gewalt" können grundsätzlich nur "a b g e w e n d e t" werden, bevor sie sich konkretisiert haben. Die Einbeziehung einer unmittelbar drohenden Rechtsverletzung in den Begriff des Rechtsverhältnisses entspricht der allgemeinen Meinung zu § 940 ZPO ⁷¹⁾ und ist im Interesse eines effektiven vorläufigen Rechtsschutzes auch im Verwaltungsprozeß nicht zu entbehren.

Eine solche Gefährdung liegt z.B. vor, wenn ein Beteiligter behauptet, zum Eingriff in die Rechtsstellung des anderen

68) Die Behauptung also "schlüssig" ist - vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 345.

69) vgl. z.B. BVerwG E 7, 188;

70) vgl. OVG Münster, DÖV 54, 441;

71) vgl. statt vieler Wieczorek, § 940, Erl. B II;

zuständig zu sein und sich aus den Umständen ergibt, daß er von der behaupteten Befugnis Gebrauch zu machen beabsichtigt, während der andere Beteiligte jede Kompetenz zu Rechtseingriffen verneint.

b) Die Zustandsregelung

Der Begriff des Zustandes wird gekennzeichnet durch die Eigenschaft eines gewissen Beharrens, einer Dauerwirkung ⁷²⁾. Eine Zustandsregelung durch einstweilige Anordnung kann deshalb regelmäßig nur den Inhalt haben, Rechte und Pflichten der Beteiligten und die dementsprechenden Verhaltensweisen vorläufig - regelmäßig auf Verfahrensdauer - festzulegen. Einmalige Handlungen ohne rechtliche Dauerwirkung können durch einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. I S. 2 VwGO nicht verfügt werden ⁷³⁾.

3. Die Leistungsanordnung

Mit der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO kann nur die Sicherung der Verwirklichung von Ansprüchen auf Individualleistungen (Sachforderungen, Ansprüche auf Handlung, Duldung oder Unterlassung) herbeigeführt werden, weil die Sicherung der Vollstreckung wegen einer Geldforderung oder wegen eines sonstigen Anspruchs die Aufgabe des Arrestes ist ⁷⁴⁾. Fraglich ist daher, ob der Bürger die Sicherung dieser Ansprüche durch entsprechende Anwendung der Arrestvorschriften der Zivilprozeßordnung oder - gegenständlich beschränkt - durch Übernahme des in der Zivilrechtsprechung anerkannten Instituts der Leistungsanordnung erreichen kann.

72) Vgl. RGZ 15, 377 (378).

73) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 347.

74) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Vorbem. vor § 916 ZPO.

a) Analoge Anwendung der Arrestvorschriften

§ 123 VwGO oder andere Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung sagen über die entsprechende Anwendung des Instituts des Arrestes im Verwaltungsprozeß unmittelbar nichts aus. § 167 Abs. I VwGO verweist zwar für die Vollstreckung auf das 8. Buch der Zivilprozeßordnung; diese Verweisung bezieht sich jedoch nach heute gesicherter Erkenntnis nur auf die Vorschriften, die das allgemeine Verfahren bei der Zwangsvollstreckung regeln, nicht aber auf die besonderen Verfahrensarten des 5. Abschnitts ⁷⁵⁾, deren Einordnung in das Gebiet der Zwangsvollstreckung systematisch verfehlt ist ⁷⁶⁾. § 168 VwGO, der die vollstreckbaren Titel des Verwaltungsprozeßrechts aufzählt, den Arrest aber nicht erwähnt, spricht andererseits dafür, daß der Gesetzgeber diesen nicht in den Verwaltungsprozeß übernehmen wollte ⁷⁷⁾. Andernfalls hätte der Arrest - wie die einstweilige Anordnung - als Vollstreckungstitel erwähnt und in seinen Voraussetzungen normiert werden müssen, was nicht geschehen ist. Schließlich läßt sich die Zulässigkeit des Arrestes im Verwaltungsprozeß auch nicht aus § 173 VwGO ableiten. Zwar findet die Zivilprozeßordnung danach Anwendung, soweit in der Verwaltungsgerichtsordnung keine Bestimmungen über das Verfahren enthalten sind. Nachdem aber in § 123 Abs. III VwGO mehrere allgemeine Vorschriften des zivilprozessualen Arrestverfahrens in enumerativer Aufzählung übernommen wurden, muß daraus e contrario geschlossen werden, daß die Aufzählung erschöpfend ist und § 916 ZPO mangels ausdrücklicher Erwähnung nicht übernommen wurde. Eine Übernahme des in der Zivilprozeßordnung normierten Arrestes in die Verwaltungsgerichtsordnung ist nach alledem nicht erfolgt.

75) vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 8 m.w. Nachw.; Redeker-v.Oertzen, § 123, RdNr. 3;

76) Vgl. statt vieler Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundzüge vor § 916, Anm. 1.

77) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I.

Gleichwohl meinen Redeker-v.Oertzen ⁷⁸⁾, Klinger ⁷⁹⁾, Schunck-De Clerck ⁸⁰⁾ und Baumbach-Lauterbach ⁸¹⁾ - die übereinstimmend von der Nicht-Übernahme des Arrestes gemäß § 916 ZPO ausgehen -, daß die Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. I S. 1 VwGO eben deswegen auch die Sicherung von **G e l d f o r d e r u n g e n** umfassen müsse, weil sie in § 935 ZPO nur wegen der Spezialregelung des § 916 ZPO ausgeklammert waren und diese Spezialregelung nicht in die Verwaltungsgerichtsordnung übernommen wurde.

Diese Argumentation wäre nur dann überzeugend, wenn im Verwaltungsprozeß ein Bedürfnis bestünde, auch die Fälle des zivilprozessualen Arrestes in den Bereich der einstweiligen Anordnung einzubeziehen. Der Arrest nach § 916 ZPO dient der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen vermögensrechtlicher Ansprüche; er kann gemäß §§ 917, 918 ZPO nur verhängt werden, wenn die Gefahr einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Vollstreckung besteht. Zweckbestimmung des Arrestes ist demnach, die Verwirklichung vermögensrechtlicher Ansprüche zu sichern, bevor diese infolge des Verhaltens des Schuldners illusorisch wird. Diese Gefahr besteht indessen nicht bei Geldforderungen des Bürgers gegen den Staat; denn der Staat ist grundsätzlich zur Tilgung seiner Geldverbindlichkeiten gegenüber dem einzelnen Bürger in der Lage. Es besteht daher für den Bürger kein Bedürfnis nach Sicherung von Geldforderungen durch Arrest; ein Arrestgrund ist damit nicht denkbar ⁸²⁾. Gleiches gilt ⁸³⁾ im umgekehrten Fall, denn die Behörde kann die Sicherung der Verwirklichung von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen dadurch bewirken, daß sie entweder selbst einen Arrest erläßt oder diesen bei Gericht beantragt und selbst vollstreckt.

78) § 123, RdNr. 5;

79) § 123, Anm. B 1;

80) § 123, Anm. 3 d;

81) Grundzüge vor § 916 ZPO, Anm. 5 und § 935 ZPO, Anm. 3;

82) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 67, I 1.

83) wie Quaritsch, a.a.O., S. 237 f. eingehend nachweist;

Da demnach für den Arrest im Verwaltungsprozeß kein Bedürfnis besteht, scheidet eine Anwendung dieses Rechtsinstituts im Rahmen des § 123 Abs. I S. 1 VwGO aus.

b) Übernahme des gewohnheitsrechtlichen Instituts der Leistungsanordnung

Wenngleich der Arrest im Verwaltungsprozeß nicht zulässig ist, so bedeutet das noch nicht, daß Geldansprüche hier vom vorläufigen Rechtsschutz gänzlich ausgenommen sind. Diese könnten auch durch die im Zivilrecht entwickelte Form der Leistungsanordnung geschützt werden, die nach allgemeiner Meinung keine gesetzliche Normierung erfahren⁸⁴⁾. Das führte zunächst dazu - nachdem das Bedürfnis für eine solche Form der Anordnung offenbar geworden war -, sie als Unterfall der Regelungsanordnung zu qualifizieren⁸⁵⁾. Die heute wohl herrschende Meinung sieht in ihr ein gewohnheitsrechtlich entstandenes Prozeßinstitut⁸⁶⁾. Rechtsprechung und Lehre haben ihren Inhalt jedoch für das Zivilrecht dahin bestimmt, daß sie ein richterliches Verfahrensinstrument darstellt, das dazu dient, den angeblichen Gläubiger wegen eines Geldleistungsanspruches vorläufig zu befriedigen, weil sein Lebensunterhalt ohne vorläufige Leistungen des Schuldners ernsthaft gefährdet ist⁸⁷⁾. Entsprechend dem Hauptkennzeichen dieser Form der einstweiligen Anordnung - der vorläufigen Befriedigung des angeblichen Gläubigers - wurde sie als "einstweilige

84) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbem. vor § 916, Anm. III; Fuß, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 59, 201 f..

85) Vgl. RG 9, 334; 27, 429 (anders: RG 15, 377; Hammelbeck, Die Einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers, ZZP 55 (1930), 233 (235)).

86) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 165; Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbem. v. § 916, Anm. IV; Pothmann, Diss. a.a.O. S. 9 ff.; Schüler, NJW 59, 1801, jeweils m.w.Nachw..

87) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO, Vorbem. vor § 916, Anm. IV; Wieczorek, ZPO, Grundzüge vor § 916, Anm. 2 B b; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht (6. Aufl.), S. 188; Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 59, 1801.

Anordnung zur Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse" ⁸⁸⁾ oder als "einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung" bezeichnet ⁸⁹⁾ und schließlich definiert als "einstweilige Verurteilung hinsichtlich fortlaufender Bezüge, auf die der Antragsteller zu seinem Unterhalt angewiesen ist" ⁹⁰⁾. Daraus ergibt sich bereits, daß nicht für jeden vermögensrechtlichen Anspruch eine Leistungsanordnung erlassen werden kann, sondern nur für Geldansprüche aus Dauerschuldverhältnissen oder Schadensfällen, also etwa für Gehalts-, Unterhalts- und Rentenansprüche ⁹¹⁾. Wesentlich ist also, daß der Anspruch geeignet und bestimmt ist, dem Antragsteller die Bestreitung seines Unterhaltes zu ermöglichen. Unterhalt ist dabei in weitem Sinne zu verstehen, so daß etwa auch Ansprüche auf Leistung von Prozeßkostenvorschüssen dazu zählen können ⁹²⁾. Es wurden zwar von der Rechtsprechung vereinzelt auch andere Ansprüche - etwa auf Herausgabe von Sachen ⁹³⁾ oder auf Auskunftserteilung ⁹⁴⁾ - dem Typus der Leistungsanordnung zugerechnet. Der erste Fall stellt jedoch in Wahrheit eine Regelungsanordnung dar, die zweite Anordnung ist (wegen irreparabler Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung) für unzulässig zu halten ⁹⁵⁾.

Sinn und Zweck der Leistungsanordnung ist demnach, den Lebensunterhalt des Antragstellers zu sichern, wenn dieser ohne vorläufige Leistungen des angeblichen Schuldners in seiner Existenz bedroht wäre und einen Anspruch glaubhaft gemacht hat, der bestimmt und geeignet ist, die Notlage abzuwenden.

88) so im Anschluß an Goldschmidt Blomeyer, Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65 (1952), S. 53 ff. (63);

89) Markett, Titel seiner Diss. 1935;

90) LAG Tübingen, NJW 61, 2178; OLG Düsseldorf, MdR 60, 58 m.w.Nachw..

91) Stein-Jonas-Schönke, § 916, Vorbem. IV; Pothmann, Diss. S. 9 ff.; Schuler, a.a.O., S. 1802; OLG Düsseldorf, MdR 60, 58.

92) Vgl. RG 15, 377 (378); 46, 354 (358); 47, 72/75.

93) vgl. OLG Bamberg, RPfleger 51, 459; vorläufige Überlassung eines Schlüssels;

94) vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundzüge 2 B b vor § 916; OLG Dresden, MuW 33, 422;

95) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 167; dazu unten 4. Teil, II 1.

Diese Interessenlage - und damit das Bedürfnis nach der Leistungsanordnung - besteht nicht nur für den Bereich des Privatrechtes, sondern mit Rücksicht auf unsere sozial-staatliche Ordnung in noch größerem Umfang auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes. So waren es gerade dringende wirtschaftliche Bedürfnisse und das Gebot der Billigkeit ⁹⁶⁾, die das OVG Münster ⁹⁷⁾ als erstes Gericht vor Erlass der Verwaltungsgerichtsordnung (im Bereich der VO 165) dazu bewogen, eine L e i s t u n g s a n o r d n u n g zu erlassen und die einstweilige Anordnung im Bereich des Verwaltungsprozesses überhaupt für zulässig zu erklären. Dieser Notwendigkeit folgend läßt die ganz herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis aufgrund des § 123 VwGO die Leistungsanordnung als gewohnheitsrechtlich entwickeltes Rechtsinstitut auch für den Verwaltungsprozeß zu ⁹⁸⁾.

Dabei wird es zwar allgemein als unbefriedigend empfunden, daß der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung auf eine gesetzliche Normierung dieses Typs der einstweiligen Anordnung - wie sie bereits in dem nicht angenommenen Entwurf einer ZPO von 1931 ⁹⁹⁾ enthalten war - verzichtet hat; jedoch ergibt sich die Zulässigkeit der Leistungsanordnung auch mittelbar aus der Verwaltungsgerichtsordnung selbst: Wenn § 170 Abs. I S. 1 VwGO die Vollstreckung wegen einer G e l d f o r d e r u n g gegen die öffentliche Hand regelt und die dafür aufgestellten Verfahrensvorschriften in § 170 Abs. V VwGO für die Vollstreckung e i n s t w e i l i g e r A n o r d n u n g e n modifiziert werden, so

96) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 353;

97) ZBR 55, 124 ff.;

98) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 252 f.; Rohmeyer, a.a.O., S. 29 f.; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123, RdNr. 15; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. I; Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 8; OVG Münster, DVBl. 1956, 53; HessVGH, ESVGh 5, 226 ff.; OVG Münster, DVBl. 59, 289 f..

99) Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium (Berlin 1931), § 1017 Abs. V, wo die Leistungsanordnung gesetzestechnisch der Regelungsanordnung zugerechnet wurde; vgl. dazu Blomeyer, Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65, (1952), S. 52 (65);

folgt daraus, daß ihre Zulässigkeit in bezug auf eine Geldforderung - eben der Leistungsanordnung - vorausgesetzt wurde ¹⁰⁰⁾.

Es bleibt daher als Ergebnis festzuhalten, daß der gewohnheitsrechtlich entwickelte Typus der Leistungsanordnung auch im Verwaltungsprozeß in den Fällen Anwendung findet, in denen der Lebensunterhalt des Antragstellers ohne vorläufige Leistungen des angeblichen Schuldners ernsthaft gefährdet ist und der Antragsteller einen Anspruch, der bestimmt und geeignet ist, diese Notlage abzuwenden, geltend und hinsichtlich seiner Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat. Die Probleme, die sich daraus ergeben, daß die Leistungsanordnung eine vorweggenommene Zwangsvollstreckung mit dem Ziele vorläufiger Befriedigung des Gläubigers bewirkt ¹⁰¹⁾ und diese Befriedigung im Falle eines abweisenden Urteils in der Hauptsache regelmäßig irreparabel ist - vorläufige Zahlung wird nur in dringenden Notlagen und nur in Höhe des durch die Pfändungsgrenze bestimmten Notbedarfs angeordnet ¹⁰²⁾ -, werden noch zu erörtern sein ¹⁰³⁾. Es kann jedoch soviel bereits hier gesagt werden, daß die Zweckbestimmung und die Auslegungs- bzw. Anwendungsgrundsätze des § 123 VwGO (Abwendung wesentlicher Nachteile) einen Mißbrauch der Leistungsanordnung verhindern ¹⁰⁴⁾.

II. Gemeinsame Grundsätze für den Erlaß einstweiliger Anordnungen

Nachdem vorstehend versucht wurde, den Bereich festzulegen, in dem einstweilige Anordnungen als Mittel vorläufigen Rechtsschutzes in Frage kommen - Sicherungsanordnung bei Gefährdung der Rechtsverwirklichung durch Zustandsänderung,

100) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 29.

101) Stein-Jonas-Schönke, Erl. IV I vor § 916;

102) Stein-Jonas-Schönke, Erl. IV Anm. 23 a vor § 916;

103) Unten, "Vorläufigkeit", "Notwendigkeit".

104) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 253.

Regelungsanordnung bei Gefahr der Entstehung wesentlicher Nachteile im Rahmen eines Rechtsverhältnisses und Leistungsanordnung bei Gefährdung des notwendigen Lebensbedarfes des Antragstellers - sollen nunmehr die Grundsätze geprüft werden, von denen sich der Richter im Einzelfall bei Erlaß jeder Art der einstweiligen Anordnung leiten lassen muß.

1. Der Grundsatz der Vorläufigkeit

Die einstweilige Anordnung hat den Zweck - wie schon die Bezeichnung ausdrückt - eine v o r l ä u f i g e Regelung bis zur endgültigen Entscheidung eines Rechtsstreites zu treffen. Daraus wurde in Rechtsprechung und Wissenschaft der Schluß gezogen, daß die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen, also das in der Hauptsache streitige Recht nicht präjudizieren und vor allem nicht als "vorweggenommene Vollstreckung" bereits dessen Vollziehung enthalten dürfe, weil dies der Herstellung der mit der Klage erstrebten Rechtsposition gleichkomme und damit praktisch schon die Verurteilung in der Hauptsache bedeute ¹⁰⁵⁾. In diesem Sinne wurde es als unzulässig angesehen, im Wege der einstweiligen Anordnung die vorläufige Erteilung einer Kraftdroschkengenehmigung ¹⁰⁶⁾ oder die vorläufige Erteilung einer Milchhandelserlaubnis ¹⁰⁷⁾ zu verfügen.

105) Vgl. statt vieler OVG Münster, AS 10, 305 (307); NJW 58, 1555 (1556); DVBl. 58, 107; VGH Kassel, DVBl. 59, 144 (145), ESVGH 10, 154 (155), ESVGH 11, 10 (11), DÖV 67, 101; Hess.VG, Rspr. 69, 15; BayVG, V-Rspr. 16, 378; OVG Lüneburg, DÖV 62, 910 m.w.Nachw., VerwRspr. Bd. 19 (68), 757; und VG Gelsenkirchen, GewArch. 66, 144; aus dem Schrifttum: Rambeck, NJW 61, 1333; De Clerck, NJW 56, 1337 (1339); Rupp, DVBl. 58, 113 (119); Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 8; Koehler, § 123, Anm. III 6.

106) VGH Kassel, ESVGH 10, 154 (155); a.A. VGH Mannheim, VRspr. 12, 1010;

107) OVG Münster, DÖV 56, 412;

Diese Ansicht - daß die einstweilige Anordnung die Entscheidung in der Hauptsache auch für beschränkte Zeit nicht vorwegnehmen dürfe - wird von einer modifizierten Auffassung ¹⁰⁸⁾ dahin eingeschränkt, daß sie die Hauptsacheentscheidung lediglich nicht irreparabel vorwegnehmen dürfe ¹⁰⁹⁾. Zur Begründung hierfür wird darauf verwiesen, daß es auf dem Gebiet des vorläufigen Rechtsschutzes nicht die Ausnahme, sondern die Regel sei, daß der begehrte Zustand für die Dauer des Verfahrens bereits hergestellt und eine einstweilige Befriedigung des Hauptsacheanspruches tatsächlich erreicht werde ¹¹⁰⁾. Im übrigen wird die Regelung des § 123 Abs. III VwGO herangezogen, nach der eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers gemäß § 945 ZPO nur bestehe, "wenn die einstweilige Anordnung selbst und bereits bei ihrem Erlaß ungerechtfertigt war": Den Nachteil einer irreparablen Regelung könne diese Vorschrift nicht ausgleichen.

Schließlich wird für die nunmehr allgemein anerkannte Form der Leistungsanordnung auch der Erlaß irreparabler Anordnungen für zulässig gehalten, weil solche Anordnungen in der Praxis regelmäßig irreparabel sind. Darüber hinaus aber ist nach neuerer Rechtsprechung der Erlaß irreparabler Anordnungen ausnahmsweise auch dann zulässig, wenn eine vorläufige Regelung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, insbesondere, wenn die ansonsten zu erwartenden Nachteile dem Antragsteller unzumutbar wären ¹¹¹⁾. So zum Beispiel auch in dem

108) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 348 ff.; Ruckdäschel, DÖV 61, 675 (685);

109) So auch schon OVG Münster, DVBl. 58, 107; die Kritik, die Quaritsch, a.a.O., S. 348, an dieser Entscheidung übt, ist daher verfehlt, weil sie in wesentlichen Punkten - der "Irreparabilität" - die Meinung Quaritschs trifft, allerdings zu einem anderen Ergebnis gelangt; vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 180.

110) Quaritsch, a.a.O.; Rambeck, NJW 61, 1333 (1334).

111) Vgl. BayVGh, BayVBl. 66, 207; NJW 65, 1979; BayVBl. 70, 66 f.; OVG Lüneburg, AS 18, 387; OVG Münster, JZ 62, 322; VG Köln, JZ 68, 260; Redeker-von Oertzen, § 123, Anm. 14.

Fall, daß ein Beamter Verlängerung der Dienstzeit begehrt und der Eintritt in den Ruhestand die Reaktivierung ausschließen würde ¹¹²⁾ oder in dem Fall der vorläufigen Teilnahme eines nicht versetzten Schülers am Unterricht der nächsthöheren Klasse ¹¹³⁾.

Die aus dem Zivilrecht übernommene Faustregel ¹¹⁴⁾, daß die einstweilige Anordnung die Hauptsacheentscheidung nicht vorwegnehmen dürfe, ist nach alledem im Verwaltungsprozeß "ausnahmsweise" schon so oft durchbrochen worden, daß ihre Verwendbarkeit zweifelhaft erscheint. Zur Ausfüllung des Begriffes der "Vorläufigkeit" in § 123 VwGO ist es daher geboten, sich auf Sinn und Zweck des Rechtsschutzes durch einstweilige Anordnungen zu besinnen.

Die einstweilige Anordnung soll dem Antragsteller vorläufig eine Rechtsposition gewähren und damit der einstweiligen Sicherung der Verwirklichung eines Rechts dienen. Dem Sicherungszweck entsprechend wird die Rechtsposition nicht endgültig gewährt, sondern nur zur Erhaltung des status quo auf Verfahrensdauer, damit der Rechtsstreit entscheidungsfähig bleibt, bis das Urteil in der Hauptsache ergehen kann. Nachdem die endgültige Einräumung einer Rechtsposition dem verwaltungsgerichtlichen Urteil vorbehalten ist, kann die einstweilige Anordnung aufgrund ihres vorläufigen Charakters grundsätzlich nur in der Weise ergehen, daß dem Gericht in der Hauptsache die vollstreckbare Möglichkeit einer anderslautenden Entscheidung verbleibt, daß also die nachfolgende Hauptsacheentscheidung noch einer Realisierung fähig ist und nicht ins Leere stößt. Daraus folgt, daß die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß grundsätzlich keine Rechts- und Tatsachenslage schaffen darf, die nicht durch die Entscheidung in

112) vgl. BayVGH, Beschl.v. 31.3.1965, Nr. 64 III 65; VGH Stuttgart, ESVGH 14, 131;

113) HessVGH, DVB1. 59, 144; OVG Münster, JZ 62, 322 - im Gegensatz zu MdR 58, 370 = DVB1. 58, 107.

114) vgl. Rosenberg, § 214, I 1 b und 2; Stein-Jonas-Schönke, § 938 ZPO, Anm. I 2; OLG München, NJW 65, 2161 m.w.Nachw.;

der Hauptsache eine vollziehbare Zustandsänderung erfahren könnte ¹¹⁵⁾. Sie darf also grundsätzlich nicht die Wiederherstellung des status quo ante vereiteln ¹¹⁶⁾.

Für die in der Rechtsprechung entwickelten zahlreichen Ausnahmen von diesem Grundsatz ist indessen bis heute kein Kriterium entwickelt worden, das alle die einstweiligen Anordnungen erfaßt, die irreparable Zustände schaffen. Es muß deshalb versucht werden, einen Maßstab zu finden, der die Bedeutung der "Vorläufigkeit" bei allen einstweiligen Anordnungen erfaßt und die Anwendung des Instituts unter diesem Gesichtspunkt allgemein bestimmt.

Als Ausgangspunkt hierfür bietet sich die Spezialregelung des § 80 VwGO an, da diese nur einen Unterfall des vorläufigen Rechtsschutzes darstellt und wegen der fließenden Grenzen zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung ¹¹⁷⁾ - der Unterschied ist in einem sozialen Rechtsstaat weitgehend verwaltungs- bzw. gesetzgebungstechnischer Art - durchaus zu einer vergleichenden Betrachtung geeignet ist. Hier tritt regelmäßig der Suspensiveffekt gemäß § 80 Abs. I VwGO kraft Gesetzes ein, soweit diese automatische Wirkung nicht ausnahmsweise im öffentlichen Interesse nach § 80 Abs. II VwGO ausgeschlossen ist, weil dieses die sofortige Vollziehung des Hoheitsaktes verlangt. Gemäß § 80 Abs. IV bzw. V VwGO kann jedoch der Suspensiveffekt in diesen Fällen wiederhergestellt werden, wenn das Interesse des Bürgers im Einzelfall ausnahmsweise das vermutete öffentliche Interesse überwiegt. Überträgt man den Grundgedanken dieser Regelung auf die einstweilige Anordnung, so könnte auch ihr Anwendungsbereich von einer Abwägung der Interessen des Staates und des Bürgers abhängen.

In diesem Sinne wurde in Rechtswissenschaft und Lehre vereinzelt beim Tatbestandsmerkmal der "Notwendigkeit" eine Interessenabwägung dahin vorgenommen, daß eine einstweilige

115) Vgl. Wieseler, a.a.O., S. 190.

116) So Quaritsch, a.a.O., S. 348.

117) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 356;

Anordnung dann "nötig" ist, wenn sie bei abwägender Bewertung der Belange der Öffentlichkeit und der privaten Interessen des Antragstellers unumgänglich ist, um letzteren gegen wesentliche Nachteile zu schützen ¹¹⁸⁾. Die Abwägung erfolgte dabei nach den Grundsätzen, die das Gericht bei der Aussetzung des sofortigen Vollzuges nach § 80 Abs. V zu leiten haben ¹¹⁹⁾.

In die gleiche Richtung zielen Überlegungen, die die Folgen einer einstweiligen Anordnung mit denen vergleichen, die im Falle ihres Nicht-Erlasses eintreten würden und eine irreparable einstweilige Anordnung dann für zulässig halten, wenn durch die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ein s c h w e r w i e g e n d e r e s Maß an Irreparabilität in bezug auf den Streitgegenstand der Hauptsache eintreten würde als im Falle des Erlasses einer einstweiligen Anordnung ¹²⁰⁾. Schließlich beruht die Zulassung der "Leistungsanordnung" im Zivilprozeßrecht und im Verwaltungsprozeßrecht rechtspolitisch überhaupt auf einer Interessenabwägung zwischen den Belangen des Staates und denen des rechtsschutzsuchenden Bürgers, die im Falle einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des Bürgers bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen regelmäßig zugunsten des letzteren ausfallen und zum Erlaß einer - praktisch meist irreparablen - "Leistungsanordnung" führen wird.

Wie die vorangeführten Beispiele zeigen, werden "Ausnahmen" vom Verbot der irreparablen Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung von Rechtsprechung und Wissenschaft immer dann

118) Bad.-Württ.VGH, VRspr. 11, Nr. 245; OVG Münster, DVBl. 64, 122.

119) Vgl. Rambeck, NJW 61, 1333; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123, RdNr. 7; OVG Lüneburg, VRspr. 15, 895 (896); BayVGH, BayVBl. 61, 90; OVG Bremen, NJW 63, 1842 m. abl.Anm. v. Czermak in NJW 64, 122, der eine Interessenabwägung im Rahmen des § 123 für unzulässig hält.

120) Vgl. Rohmeyer, a.a.O., S. 183; für die Verfassungsgerichtsbarkeit BVerfG E 11, 102 (104); 11, 306; 14, 153 f. und 18, 157 (158 f.); BayVerfGH, BayVBl. 63, 316 (317); für das Zivilrecht vgl. auch OLG München, NJW 65, 2161.

befürwortet, wenn das Einzelinteresse das öffentliche Interesse so sehr überwiegt, daß im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes der Erlaß einer einstweiligen Anordnung unumgänglich ist.

Im Hinblick auf diese durch zwingende Bedürfnisse geforderte Übung der Gerichte und der Rechtswissenschaft erscheint es verfehlt, den Blick allein auf die "institutseigenen Schranken" der einstweiligen Anordnung zu richten und ihren Erlaß stets dann zu verweigern, wenn die Maßnahme einen nicht wieder rückgängig zu machenden Zustand herbeiführen würde. Die für den Regelfall aufgestellten "institutseigenen Schranken" dürfen - wie Rohmeyer ¹²¹⁾ zutreffend bemerkt - nicht dazu herhalten, den Zweck der Normen über den vorläufigen Rechtsschutz zu vereiteln. Dieser Zweck besteht, wie bereits ausgeführt, darin, eine irreparable faktische Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung zu verhüten, damit diese nicht gegenstandslos und der endgültige Rechtsschutz des Antragstellers damit illusorisch wird. Eine solche faktische Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung kann indessen nicht nur durch eine aktive Interimgestaltungsmaßnahme des Richters herbeigeführt werden, sondern die Konfliktsituation kann auch durch das Nichteingreifen des Richters, durch Verweigerung einer einstweiligen Anordnung, in einen irreparablen Zustand übergehen. Da der Richter aber bei Vorliegen der tatbestandlich normierten Voraussetzungen des § 123 VwGO zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung verpflichtet ist, muß bei dieser Sachlage ihr Erlaß grundsätzlich zulässig sein, selbst wenn die Maßnahme ihrerseits irreparabel sein sollte. Es ist daher nicht angängig, den Erlaß einer einstweiligen Anordnung mit Hinweis auf ihre Irreparabilität in den Fällen von vornherein abzulehnen, in denen sowohl ihr Erlaß wie auch ihre Ablehnung vollendete Tatsachen schaffen würde, die durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr korrigiert werden könnten. Grundlage der Entscheidung hat vielmehr - wie bei jeder Rechts-

121) a.a.O., S. 183;

güterkollision - die Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen zu sein, die sowohl durch den Erlaß wie auch durch die Versagung einer einstweiligen Anordnung jeweils irreparabel berührt werden. Ist hierbei das Gewicht der Unabänderlichkeit, die notwendig mit Gewährung oder Verweigerung der einstweiligen Anordnung verbunden ist, auf der einen Seite geringer als auf der anderen, so muß das geringere Schadensrisiko gegenüber der Gefahr noch erheblicheren irreparablen Schadens in Kauf genommen werden ¹²²⁾. Trägt also jede richterliche Zwischengestaltung ebenso wie ihre Unterlassung die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit in sich, daß eine irreparable Situation entsteht, so muß eine einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn der damit verbundene Schaden geringer zu bewerten ist als derjenige, der im Falle des Nichterlasses auftreten könnte bzw. müßte. Im umgekehrten Falle hat der Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu unterbleiben.

Die Abwägung der öffentlichen gegen die privaten Interessen garantiert eine Zurückstellung der objektiv minderwertigen gegenüber den objektiv höherwertigen. Die Interessenabwägung hat - entsprechend der gemeinsamen Zweckrichtung der Institute vorläufigen Rechtsschutzes - nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen wie bei § 80 Abs. V VwGO. Welche Kriterien hierbei maßgeblich sind und wie sie sich auf verschiedene, streitige Fälle (Versetzungssachen, Ermessenssachen) auswirken, soll nachfolgend gesondert erörtert werden. Es kann jedoch bereits so viel gesagt werden, daß die Interessenabwägung nach dem oben erörterten ein W e s e n s m e r k m a l des Anwendungsbereiches a l l e r Institute des vorläufigen Rechtsschutzes - also auch der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO - ist. Sie hat daher nicht lediglich bei der Feststellung des Tatbestandsmerkmals der "Notwendigkeit" der Anordnung, sondern im Rahmen der "Vorläufigkeit" bereits bei der

122) Rohmeyer, a.a.O., S. 163; Knoll, a.a.O., S. 104; Quaritsch, a.a.O., S. 351 (nur für offensichtliche Rechtswidrigkeit).

Prüfung der Anwendbarkeit der einstweiligen Anordnung überhaupt zu erfolgen. In den Fällen, in denen bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung wie auch bei ihrer Versagung gleichermaßen irreparable Zustände in bezug auf die Hauptsacheentscheidung eintreten würden, muß eine irreparable einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn die Interessenabwägung bei Vorliegen der übrigen rechtlichen Voraussetzungen ergibt, daß die Belange des Antragstellers höherwertig sind.

Nach alledem sollte für die Bestimmung des Anwendungsbereiches der einstweiligen Anordnung die Faustregel, daß die Hauptsacheentscheidung nicht vorweggenommen werden dürfe, aufgegeben werden. Sie sollte ersetzt werden durch die Regel, daß die einstweilige Anordnung ihrem Sinn und Zweck entsprechend die Wirksamkeit der Hauptsacheentscheidung bestmöglich sichern soll. Zu diesem Zwecke sind für den Regelfall irreparable Regelungen zu vermeiden; sollte jedoch auch bei Untätigkeit des Gerichts eine irreparable Lage eintreten, so müßte gleichwohl eine - ebenfalls irreparable - einstweilige Anordnung getroffen werden, wenn diese bei Abwägung der widerstreitenden Interessen eine weniger schwerwiegende Irreparabilität bewirken würde.

Zwar ist in diesen Fällen die Möglichkeit eines vom Inhalt der einstweiligen Anordnung abweichenden Endurteils nicht ausgeschlossen. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit muß diese Gefahr jedoch im Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung in Kauf genommen werden. Denn wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der Privatbelange ergeben hat, dann ist der irreparable Nachteil des Bürgers im Falle des Nichterlasses einer einstweiligen Anordnung trotz begründeten Anspruchs auf Einräumung der begehrten Rechtsposition generell schwerwiegender als der, der dem Hoheitsträger infolge einer unbegründeten einstweiligen Anordnung entsteht ¹²³⁾. Im übrigen sind beispielsweise die vom

123) So auch Wieseler, a.a.O., S. 195, der allerdings die privaten Interessen stets über das öffentliche Interesse stellt.

Bundesverfassungsgericht erlassenen einstweiligen Anordnungen immer von der Entscheidung in der Hauptsache bestätigt worden, woraus Obermayer ¹²⁴⁾ wohl zu Recht schließt, daß eine Statistik der verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Anordnungen kein wesentlich schlechteres Ergebnis aufweisen dürfte.

2. Der Grundsatz der "Notwendigkeit" zur "Abwehr wesentlicher Nachteile"

Nach § 123 Abs. I S. 1 VwGO muß die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Rechtsverwirklichung vorhanden sein, zu deren Abwehr die einstweilige Anordnung *n o t w e n d i g* ist, während nach § 123 Abs. I S. 2 VwGO eine einstweilige Anordnung zur Abwendung *w e s e n t l i c h e r N a c h t e i l e* zulässig ist. Es wird also in beiden Tatbeständen auf die notwendige Abwehr von Gefährdungssituationen abgestellt; dieser Grundsatz gilt auch für den Typus der Leistungsanordnung. Die "Notwendigkeit" einer einstweiligen Anordnung ist dabei der umfassendere Begriff, der durch die Zweckbestimmung "zur Abwendung wesentlicher Nachteile" nur näher bestimmt wird. Die "Verhinderung drohender Gewalt" und "andere Gründe" sind wiederum nur Unterfälle eines "wesentlichen Nachteils", so daß ihre Aufnahme in den Tatbestand des § 123 VwGO überflüssig war ¹²⁵⁾. Neben der Notwendigkeit der Abwendung wesentlicher Nachteile sind keine qualitativ anderen Gründe denkbar, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen könnten.

Der Begriff der Notwendigkeit der einstweiligen Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile ist somit als Tatbestandsmerkmal zu qualifizieren, das allen Typen der einst-

124) Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 882, Fußn. 33;

125) So auch Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 883.

weiligen Anordnung gemeinsam ist. Es wird daher insoweit der herrschenden Praxis der Rechtsprechung gefolgt, die eine Trennung der Tatbestände regelmäßig nicht vornimmt ¹²⁶⁾.

Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist zunächst an die Möglichkeit bzw. Gefahr zu knüpfen, daß ein Verfahrensbe- teiligter einem anderen Beteiligten durch Schaffung vollen- deter Tatsachen einen r e c h t s w i d r i g e n Nach- teil zufügt, der die Effektivität der Entscheidung in der Hauptsache in Frage stellt. Besondere Bedeutung kommt hier der R e c h t s w i d r i g k e i t des in Frage stehen- den Verhaltens zu, denn gegen rechtmäßig zugefügte Nach- teile - wie beispielsweise eine ordnungsgemäße Enteignung - kommt weder vorläufiger noch endgültiger Rechtsschutz in Betracht.

Zur Abwendung dieses möglicherweise rechtswidrigen Nach- teils muß es n ö t i g erscheinen, eine einstweilige An- ordnung zu erlassen. Dies ist dann der Fall, wenn das Inter- esse des Antragstellers bzw. das öffentliche Interesse am Erlaß einer einstweiligen Anordnung die entgegenstehenden Interessen des Antragsgegners, Dritter oder der Allgemein- heit überwiegt ¹²⁷⁾. Zur Ausfüllung des Tatbestandsmerk- mals der Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachtei- le bedarf es daher - ebenso wie bei der "Vorläufigkeit" der Regelung - einer Interessenabwägung.

3. Grundsätze der Interessenabwägung

a) Vorgehen bei der Prüfung

Wie bereits erwähnt, ist einerseits das Verfahren nach § 80 VwGO ein dem Erlaß einstweiliger Anordnungen verwand- tes Spezialverfahren und andererseits sind die gesetzli- chen Gestaltungsformen von Eingriffs- und Leistungsverwal-

¹²⁶⁾ Vgl. Obermayer, Bemerkungen ..., a.a.O., S. 882 f..

¹²⁷⁾ Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 7.

tung - von denen es jeweils abhängt, ob der Weg nach § 80 VwGO oder nach § 123 VwGO eröffnet ist - heute mehr von gesetzestechnischen als von sachlichen Motiven bestimmt. Es erscheint daher gerechtfertigt, die von Rechtsprechung und Lehre in bezug auf die Interessenabwägung zu § 80 Abs. V VwGO entwickelten Grundsätze auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO entsprechend anzuwenden. Dies gilt um so mehr, als Rechtsprechung und Lehre de facto die Grundsätze der Interessenabwägung nach § 80 Abs. II VwGO - ausgesprochen oder unausgesprochen - angewendet haben ¹²⁸⁾.

Zunächst ist danach die Erfolgsaussicht der Klage in der Hauptsache zu prüfen und festzustellen, ob diese Klage offensichtlich erfolgreich oder offensichtlich erfolglos sein wird ¹²⁹⁾. Die Interessenabwägung fällt dabei immer zugunsten des Antragstellers aus, wenn sein Anspruch offensichtlich zulässig und begründet und daher ein Erfolg in der Hauptsache mit einiger Sicherheit vorhersehbar ist ¹³⁰⁾. Umgekehrt ist bei offensichtlich fehlender Erfolgsaussicht in der Hauptsache der Antrag immer unbegründet ¹³¹⁾.

Wenn hingegen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht offensichtlich sind, das Gericht also zu einem "non liquet" gelangt, hängt die Entscheidung von der Abwägung aller betroffenen Interessen ab, wobei unter Berücksichtigung des Charakters eines summarischen Verfahrens vor allem auf die Vorläufigkeit und die Notwendigkeit der Regelung abzustellen ist.

Eine Berücksichtigung auch der nicht offensichtlichen Erfolgsaussichten hat dabei allerdings zu unterbleiben. Denn

128) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 370 f..

129) Vgl. zum folgenden, jeweils mit eing.Nachw. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 47; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80, Anm. II 1; Klinger, VwGO, § 80, Anm. E 3 c.

130) Vgl. VGH Mannheim, NJW 66, 365.

131) Über die Schlüssigkeitsprüfung im Rahmen der Untersuchungsmaxime vgl. unten.

wenn sich das Gericht bereits konkrete Vorstellungen über die Erfolgsaussichten machen kann ¹³²⁾, wäre Offensichtlichkeit zu bejahen. Als zu weitgehend abzulehnen ist schließlich auch die Auffassung, daß schon bei ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit (Erfolg ebenso wahrscheinlich wie Mißerfolg) in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. IV S. 2 VwGO eine Anordnung zu erlassen sei ¹³³⁾. Diese Auffassung läßt sich auf das Verfahren nach § 123 VwGO um so weniger übertragen, als bei § 80 Abs. V VwGO der Zweifel daran, ob das öffentliche Interesse den Ausschluß des Suspensiveffekts gebietet, zu Lasten des Hoheitsträgers geht ¹³⁴⁾, während beim Verfahren nach § 123 VwGO das Gegenteil gelten muß. Denn in den Fällen des § 80 VwGO will der Hoheitsträger den regelmäßig gegebenen Suspensiveffekt beseitigen und damit einem Verwaltungsakt schon vor formeller Bestandskraft Geltung verschaffen, während hier gerade der Antragsteller seinerseits schon vor rechtskräftiger Entscheidung in der Hauptsache eigene Rechte durch vorläufige Sicherung geltend machen will. Er muß daher nach allgemeinen Grundsätzen als derjenige, der eine günstige Rechtsposition für sich in Anspruch nimmt, ihre Voraussetzungen darlegen ¹³⁵⁾.

Es verbleibt also in den Fällen des "non liquet" bei einer reinen Abwägung der widerstreitenden Interessen.

b) Überwiegende Interessen des Antragstellers

Die Interessen des Antragstellers sind besonders gewichtig, wenn eine Regelung zur Verhinderung wesentlicher, nicht oder nur schwer wiedergutzumachender Nachteile dringend

132) vgl. Redeker-v.Oertzen, § 80, Anm. 38; Löwer, DVBl. 62, 835; etwa auch BVerwG, DVBl. 66, 274;

133) So Eyermann-Fröhler, § 80, RdNr. 47.

134) die Feststellungslast mithin beim Hoheitsträger liegt - vgl. Koehler, VwGO, § 80, Anm. E IV 5; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 86, Anm. III; Quaritsch, a.a.O., S. 371; OVG Münster, AS 11, 2 (4); dazu näher unten, Fünfter Teil, I, 5;

135) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 86, RdNr. 8 m. Nachw..

notwendig erscheint. Diese Lage ist vor allem in den Fällen der Leistungsanordnung gegeben, wenn schwerwiegende Nachteile für wichtige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit drohen und ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung nicht zumutbar erscheint; so beispielsweise bei Anträgen auf Sozialhilfe zum Lebensunterhalt oder Gehaltszahlungen, mindestens in Höhe des Existenzminimums. Hier überwiegen die Interessen des Bürgers unter dem Gesichtspunkt der "Notwendigkeit" regelmäßig die des Hoheitsträgers, so daß auch der Erlass praktisch irreparabler Maßnahmen zulässig ist, weil die irreparablen Nachteile des Bürgers bei fälschlichem Nichterlaß einer einstweiligen Anordnung schwerwiegender wären als die der Hoheitsperson im Falle des unbegründeten Erlasses.

Ähnliches gilt zum Beispiel beim Ausschluß des Antragstellers von der Teilnahme an den Bundestagswahlen, wodurch er möglicherweise ungerechtfertigt seines wichtigsten staatsbürgerlichen Rechtes verlustig ginge¹³⁶⁾ oder etwa für das Recht einer politischen Partei, auf den für den Wahlkampf von einer Gemeinde aufgestellten Anschlagstafeln gleich große Werbeflächen zugewiesen zu bekommen¹³⁷⁾.

Schließlich kommt es - und vor allem - in den bereits angesprochenen Versetzungsfällen auf eine Interessenabwägung an. Der Verwaltungsrichter sieht sich hier in bezug auf die Vorläufigkeit der Regelung zweierlei Möglichkeiten gegenüber: Erläßt er eine einstweilige Anordnung, die dem Schüler einstweilen den Besuch der nächsthöheren Klasse gestattet und wird die Klage in der Hauptsache abgewiesen, so muß der Schüler wieder in die untere Klasse zurückkehren und es fehlt ihm ein Teil des Unterrichts der zu wiederholenden Klasse. Lehnt der Richter dagegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung ab, bleibt der Schüler in der bereits einmal durchlaufenen Klasse; hat dann die Klage in der Hauptsache Erfolg, so fehlt ihm der entspre-

136) vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 350;

137) Vgl. BayVGh, BayVB1. 1968, 67.

chende Teil des Unterrichts in der nächsthöheren Klasse. In beiden Fällen tritt also zwangsläufig eine gewisse Irreparabilität der entstandenen Verhältnisse ein. Eine Interessenabwägung in bezug auf diese beiden Möglichkeiten ergibt jedoch, daß das Risiko einer irreparablen Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung wesentlich größer und einschneidender ist, wenn die Zulassung zum Besuch der nächsthöheren Klasse versagt wird, als wenn sie erfolgt. Denn im ersten Falle müßte der Antragsteller den Stoff der höheren Klasse, der ihm noch unbekannt ist, n e u e r a r b e i t e n, während im umgekehrten Falle nur der Stoff der bereits durchlaufenen Klasse wiederholt werden müßte. Das Risiko einer irreparablen Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung ist also bei Versagung der einstweiligen Anordnung geringer als bei ihrem Erlaß. Der Schüler hat daher ein dringendes Interesse an der Zulassung zum Besuch der nächsthöheren Klasse ¹³⁸⁾.

Diesem Interesse des Antragstellers steht das Gemeininteresse daran gegenüber, daß nur wissensmäßig etwa auf gleicher Stufe stehende Schüler am Unterricht derselben Klasse teilnehmen, weil ohne das Ausscheiden leistungsschwacher Schüler der Anstaltszweck regelmäßig nicht gewährleistet ist. Es steht also zur Abwägung einerseits der irreparable Nachteil, daß für den Schüler bei Verbleiben in der unteren Klasse ein obsiegendes Urteil in der Hauptsache praktisch gegenstandslos ist und andererseits das Gemeininteresse daran, daß der Unterricht der höheren Klasse nicht durch Schüler mit unzureichender Leistung gehemmt wird. Die Abwägung dieser Belange wird in den Fällen, wo der Schüler entgegen der Versetzungsordnung nicht versetzt wurde oder wo es sich um zweifelhafte Noten in Nebenfächern handelt, regelmäßig ein überwiegendes Interesse des Schülers ergeben ¹³⁹⁾. Im Sinne einer Effektivität der Ent-

138) Vgl. dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 186.

139) Vgl. dazu BayVGH, BayVBl. 68, 359, wo das Gericht mit Hinweis auf die angebliche Unzulässigkeit der einstweiligen Anordnung in "Ermessensangelegenheiten" den Erlaß einer einstweiligen Anordnung in einem Falle ablehnte, wo es um den Ausgleich einer wegen Unterschleifs erzielten Note 6 in Physik ging.

scheidung in der Hauptsache ist hier der Erlaß einer einstweiligen Anordnung schlechthin notwendig und bedeutet das geringstmögliche Maß an Irreparabilität ¹⁴⁰⁾.

Etwas anderes könnte sich nur ergeben, wenn der Schüler in mehreren Hauptfächern mangelhafte Leistungen erbracht hätte ¹⁴¹⁾. Dieser Fall besitzt indessen nur geringe praktische Bedeutung, weil hier die Aussichtslosigkeit der Klage in der Regel "offensichtlich" ist, was für sich bereits zur Ablehnung einer einstweiligen Anordnung führen muß.

c) Grenzfälle

Zweifelhaft ist hingegen der Fall, daß durch einstweilige Anordnung eine Demonstration genehmigt wird, die von der Verwaltungsbehörde verboten worden war ¹⁴²⁾. Zwar war im Beispielsfall die Grundlage der einstweiligen Anordnung § 9 Abs. II S. 2 des Berliner Gesetzes vom 28. Februar 1950 über die Versammlungsfreiheit ¹⁴³⁾, wo es ausdrücklich heißt: "Die Genehmigung kann nur versagt werden, wenn durch die Abhaltung der Versammlung und die Veranstaltung des Aufzuges eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" zu befürchten ist. Ob nun die Tatsachen richtig unter diese Norm subsumiert worden sind, soll hier dahingestellt bleiben. Wenn man davon ausgeht, daß die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ein "non liquet" ergeben hat, dann ist der Erlaß einer solchen einstweiligen Anordnung unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung bedenklich. Denn dem berechtigten Interesse der Antragsteller an der Ausübung ihres Versammlungs- und Demonstrationsrechtes steht das Interesse des Staates gegenüber, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht-

140) Vgl. auch VG des Saarlandes, DVBl. 68, 263 f. m.zust. Anm. von Rohmeyer, DVBl. 68, 266 unter II.

141) Vgl. Wieseler, a.a.O., S. 196.

142) Vgl. Beschl.d.VG Berlin vom 18. 2. 1968, ablehnend besprochen von Niedermayer, "Verwaltungsgerichte am Steuer der hohen Politik", BayVBl. 68, 128 f.; teilweise kritisch auch Göttrup, Demonstrationsverbote und vorläufiger Rechtsschutz, DVBl. 69, 579 ff..

143) Gs.Berl.VBl. 1950, 442, SaBl. 1950, 988;

zuerhalten und eventuell großen innen- und außenpolitischen Schaden zu verhindern. Da hier sowohl das Begehren der Antragsteller als auch das Verbot der Antragsgegner hochpolitisch sind, treffen - trotz der Verfassungsgarantie der Versammlungsfreiheit - zwei im wesentlichen gleichgeartete Interessen aufeinander. Bei deren gegenseitiger Abwägung erscheint es für die Antragsteller nicht unzumutbar, auf die Abhaltung der Demonstration hic et nunc zu verzichten und die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten, während andererseits ein dringendes Interesse der Verwaltung und der Legislative als Repräsentanten der Allgemeinheit besteht, nicht durch gerichtliche Entscheidungen in hochpolitischen Angelegenheiten überspielt zu werden ¹⁴⁴⁾.

d) Überwiegende öffentliche Interessen

Bei der Interessenabwägung müssen auch die öffentlichen Interessen gleichrangig berücksichtigt werden, denn es spricht keine Vermutung für den generellen Vorrang der Einzelinteressen. Dabei kommen vor allem in Betracht das allgemeine Interesse an der Leistungsfähigkeit und "Schlagkraft" der Verwaltung, der Effektivität und Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung. So liegt zum Beispiel die Stilllegung eines nicht genehmigten Baues, die Schließung eines nicht genehmigten Betriebes, auch wenn er sonst keine Gefahr für die Öffentlichkeit bedeutet ¹⁴⁵⁾, sowie etwa die Beseitigung einer Werbeanlage, wenn die Werbefirma aus der ordnungswidrig geschaffenen Anlage wirtschaftliche Vorteile zieht und dadurch andere Firmen zur Nachahmung angespornt werden ¹⁴⁶⁾, regelmäßig im überwiegenden öffentlichen Interesse. Die Autorität der Verwaltungsbehörde und das Vertrauen der Bürger auf Gleichbehandlung würden ansonsten untergraben. Weitere gewichtige

144) Vgl. auch Masson, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, BayVB1. 68, 14 und BayVB1. 66, 376; sowie die gegenteilige Auffassung von Czermak, DÖV 67, 673; vgl. weiterhin VGH Kassel, NJW 67, 219.

145) vgl. OVG Münster, GewArch. 62, 8;

146) OVG Münster, 62, 932;

Allgemeininteressen bestehen z.B. in der Sparsamkeit der Haushaltsführung ¹⁴⁷⁾ sowie etwa in dem Interesse, dem Bauherrn die zur Ausnützung seines Eigentums notwendige Rechtsstellung zu verschaffen ¹⁴⁸⁾.

Gesetzliche Ausprägungen des Gedankens, daß der Betroffene die Verwirklichung eines abgelehnten Verwaltungsaktes ¹⁴⁹⁾ bei überwiegendem öffentlichem Interesse dulden muß, finden sich etwa in den Gründen des § 30 GewO zur Versagung des Betriebs einer Privatkrankenanstalt, in §§ 47, 47 a GewO zur Versagung einer Reisegewerbekarte, in §§ 7 und 9 PaßG zur Versagung des Passes bzw. Sichtvermerks oder in § 2 GaststG zur Verweigerung der Gaststättenerlaubnis. Gleiches gilt für die Anforderungen, die der Gesetzgeber in § 13 PersBefG an die Erteilung einer Genehmigung, in § 2 ApothG an die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke oder in § 15 Waffengesetz an die Bewerber eines Waffenscheines stellt.

In all diesen Fällen muß der Bürger zugunsten der Interessen der Öffentlichkeit regelmäßig auf vorläufigen Rechtsschutz verzichten. Das Einzelinteresse wird hier nur in Ausnahmefällen den Erlaß einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen können. In diesem Sinne ist es verfehlt, für die Annahme gewichtiger öffentlicher Interessen ¹⁵⁰⁾ schlechthin ein über das mit einem Gesetz verfolgte öffentliche Interesse hinausreichendes Interesse zu verlangen ¹⁵¹⁾.

Allerdings geht es auch zu weit zu verlangen, daß "unter Anlegung eines strengen Maßstabes gewichtige Umstände dargelegt sind, die ausnahmsweise ein privates Interesse des Betroffenen an der Aussetzung (bzw. der einstweiligen

147) vgl. OVG Münster, DÖV 65, 677 m.zust.Anm.v. Redeker; BayVGH, Urt.v.7.4.1961, Nr. 67 IV 60 (nicht veröffentlicht);

148) BVerwG, DVBl. 66, 474.

149) die Ablehnung verwirklicht sich im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes;

150) dazu BayVGH, BayVBl. 63, 257;

151) So OVG Münster, NJW 62, 699.

Anordnung) als überwiegend gegenüber dem gesetzlich vorausgesetzten Interesse an der sofortigen Vollziehung erscheinen lassen" ¹⁵²⁾.

Stets kommt es vielmehr auf das einzelne Gesetz, insbesondere darauf an, wie schwerwiegend die mit dem Gesetz verfolgten öffentlichen Interessen sind.

III. Inhalt und Mittel der einstweiligen Anordnung

1. Beschränkung auf die Entscheidungsmöglichkeiten in der Hauptsache

Eine weitere Faustregel, die aus dem Zivilprozeßrecht übernommen wurde ¹⁵³⁾, besagt, daß das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung nicht mehr gewähren, d.h. keine wesentlich andersgeartete Entscheidung treffen könne, als der Antragsteller im entsprechenden Hauptsacheverfahren erhalten könnte ¹⁵⁴⁾.

Das Abstellen auf das spätere Urteil ist im Zivilprozeß deshalb gerechtfertigt, weil sich hier gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüberstehen, deren Rechtsstreit sich mit der Rechtskraft des Urteils erledigt. Eine vergleichbare Lage ergibt sich im öffentlichen Recht bei der Eingriffsverwaltung, weil hier mit Rechtskraft des Anfechtungsurteils der rechtswidrige Eingriff des Hoheitsträgers endgültig beseitigt wird. Dies gilt jedoch nicht im Rahmen der

152) So Schunck-De Clerck, § 80, Anm. 5 a II; dagegen Menger, VerwArch. 64, 281; Siegmund-Schultze, DVBl. 64, 935, Fußn. 35.

153) hier herrschend, vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 938, Anm. I 3; Wieczorek, § 938, Anm. A II; Baumbach-Lauterbach, § 938, Anm. 1 C;

154) So BayVGh, BayVBl. 62, 324; OVG Münster, DVBl. 64, 122 (123); Rambeck, NJW 61, 1333 (1334); Kopp, Skriptum, S.9; Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 6 m.w.Nachw..

übrigen Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung. Denn das Gericht kann im Urteil dem Bürger die begehrte Leistung grundsätzlich nicht selbst einräumen, was in § 113 Abs. IV VwGO ausdrücklich klargestellt wird. Die abgelehnte oder unterlassene Einräumung einer Rechtsposition kann hier vielmehr allein durch den Träger öffentlicher Verwaltung erfolgen. Nur dieser kann dem Bürger die begehrte Leistung - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts - gewähren. Das Problem besteht daher im Verwaltungsprozeß nicht in der Urteilskompetenz des Gerichts in der Hauptsache, sondern darin, ob nach § 123 VwGO (a) der Hoheitsträger durch einstweilige Anordnung zur vorläufigen Einräumung einer Rechtsposition verpflichtet werden kann, die er durch Verwaltungsakt ansonsten nicht einräumen könnte (b) oder zu deren Einräumung er nicht verpflichtet wäre (c).

a) Anordnung einer in den materiellen Verwaltungsgesetzen nicht vorgesehenen Maßnahme

In gewissen Fällen verbietet das Gesetz die befristete (etwa § 3 Abs. IV GaststG) oder die unbefristete (§ 16 PersBefG) Erteilung einer Genehmigung. Unter diesem Gesichtspunkt wies das OVG Münster ¹⁵⁵⁾ im Falle des Personenbeförderungsgesetzes den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung als unzulässig ab, weil es der Verwaltungsbehörde nicht "eine gesetzlich verbotene Maßnahme" aufgeben dürfe; nach dem Personenbeförderungsgesetz könnten Genehmigungen nur auf Zeit, d.h. auf eine bestimmte Dauer erteilt werden; dies sei in der abweichenden Entscheidung des OVG Lüneburg ¹⁵⁶⁾ nicht geprüft worden.

Die gleiche Erwägung veranlaßte das Gericht ¹⁵⁷⁾ im umgekehrten Falle den Erlaß einer einstweiligen Anordnung für den Bereich des Milchgesetzes abzulehnen, weil § 14 Abs. IV

155) DVB1. 1959, 402;

156) DÖV 1958, 231;

157) OVG Münster, OVGML, Bd. 10, 305 (307 f.);

MilchG die Erteilung einer Erlaubnis auf Zeit oder auf Widerruf verbiete, die Erlaubnis also nur unbefristet erteilt werden dürfe.

Bereits Quaritsch ¹⁵⁸⁾ bemerkt zutreffend, daß dieses Ergebnis - abgesehen von dem Widerspruch, daß die einstweilige Anordnung einmal für unzulässig angesehen wurde, weil die Erlaubnis nur befristet, im umgekehrten Fall, weil sie nur unbefristet erteilt werden könne - auf sehr formale Weise gewonnen wurde. Dabei läßt er freilich die "problematische" Frage dahingestellt, ob § 123 Abs. I VwGO und die richterliche Anordnung für das Handeln der Verwaltung nicht eine eigene Rechtsgrundlage zu schaffen vermag, die mit den unmittelbar an die Verwaltung adressierten Normen nicht übereinzustimmen braucht.

Dazu ist zunächst festzustellen, daß das Gericht selbstverständlich keine "gesetzlich verbotene Maßnahme" anordnen darf. Insoweit ist es durch die an die Verwaltung adressierten Normen gebunden und darf keine einstweilige Anordnung erlassen, die dem Sinn und Zweck gesetzlicher Regelungen zuwiderlaufen würde. Dies folgt schon aus der hier vertretenen Einordnung der einstweiligen Anordnung unter die Akte der Rechtsprechung und aus der Tatsache, daß die Gerichte an das Gesetz in noch größerem Umfang gebunden sind als die Verwaltung.

Für die Lösung des vorliegenden Falles sind jedoch zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Zum ersten betrifft die einstweilige Anordnung nicht die endgültige Regelung eines Einzelfalles, sondern nur eine Zwischenregelung für die Dauer des Prozesses. Sie ist daher stets vorläufiger Natur und kann deshalb nicht schlechthin unter die an die Verwaltung adressierten Normen subsumiert werden, die nur die endgültige Regelung des entsprechenden Einzelfalles betreffen. Zum anderen sind auch hier - wie für den ganzen

¹⁵⁸⁾ a.a.O., S. 357;

Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes - die Grundsätze der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Dabei ist zunächst zu ermitteln, welchen Zweck das Gesetz damit verfolgt, daß es eine Befristung der Erlaubnis verlangt bzw. verbietet. Diese Prüfung kann ergeben, daß die Befristung bzw. Nichtbefristung (zumindest a u c h) den Erlaubniswerber schützen will. Dies wird etwa bei der nur unbefristeten Erteilung einer Gaststättenerlaubnis gemäß § 3 Abs. IV GaststG, wie auch bei der nur befristet zu erteilenden Erlaubnis nach § 16 PersBefG anzunehmen sein. (Der Widerrufsvorbehalt wird hier durch § 15 Abs. II PersBefG ausgeschlossen ¹⁵⁹⁾.)

Bei Bestehen zeitlicher Regelungen im Interesse des Betroffenen kann die Beschränkung für die endgültige Entscheidung des Einzelfalles nicht dazu führen, den vorläufigen Rechtsschutz aus diesem Grunde schlechthin zu verweigern. Es wäre ein Verstoß gegen die Rechtslogik, wollte man dem Antragsteller die einstweilige Anordnung mit der Begründung versagen, er könne in der Hauptsache im eigenen Interesse nur eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Rechtsstellung erhalten, die mit einer Zwischenregelung - die auf Prozeßdauer abgestellt sei - nicht gewährt werden könne. Hier kommt vielmehr der Sinn und Zweck des Instituts zum Zuge, den Antragsteller - falls notwendig - vor "wesentlichen Nachteilen" zu bewahren. Grundlage der vorzunehmenden Interessenabwägung ist stets die prozessuale Vorschrift des § 123 VwGO, die nach hier vertretener Auffassung (der einstweiligen Anordnung als Rechtsprechungsakt ¹⁶⁰⁾) für den Verwaltungsrichter die einzige und umfassende Ermächtigungsnorm für den Erlaß einstweiliger Anordnungen darstellt. Die an die Verwaltung adressierten Normen des materiellen Verwaltungsrechtes sind im Rahmen der Prüfung als Indizien für die Entscheidung gemäß § 123 VwGO zu behandeln: Ist die zeitliche Begrenzung von Genehmigungen oder das Verbot einer solchen Begrenzung im

159) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 13.

160) vgl. oben Zweiter Teil, II 4;

materiellen Verwaltungsrecht im überwiegenden Interesse des Einzelnen getroffen, so kann regelmäßig eine einstweilige Anordnung erlassen werden. Dient dagegen diese Regelung überwiegend öffentlichen Interessen, so muß der Antragsteller auf vorläufigen Rechtsschutz verzichten und die Hauptsacheentscheidung abwarten, weil der potentielle Schaden für die Allgemeinheit bei ungerechtfertigtem Erlaß der einstweiligen Anordnung gravierender wäre als der Schaden des Einzelnen im Falle ihres ungerechtfertigten Nichterlasses ¹⁶¹⁾.

b) Erlaß von Verwaltungsakten durch das Gericht selbst

Die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen könnte auch dort ihre Grenze finden, wo sie in den Kernbereich der vollziehenden Gewalt übergreift. Dies ist zwar nicht schon der Fall, wenn das Gericht der Verwaltungsbehörde ein bestimmtes Verhalten auferlegt und diesen Anspruch des Antragstellers durch die Mittel der Vollstreckung (§ 168 Abs. I Nr. 2 VwGO) sichert; die einstweilige Anordnung e r s e t z t hier nicht die Maßnahme einer Verwaltungsbehörde, sondern gebietet ihr vielmehr, diese Maßnahme zu treffen ¹⁶²⁾. Insofern äußert jede einstweilige Anordnung Wirkungen im Bereich der Exekutive, die aber unmittelbar auf einem Verhalten der Exekutive beruhen, das das Gericht lediglich vorschreibt.

Diese Grenze wird dort überschritten, wo das Gericht die Wirkung unmittelbar selbst herbeiführt, d.h. eine einstweilige Anordnung erläßt, die einem Verwaltungsakt gleichkommt. So hat der Bayer. Verwaltungsgerichtshof ¹⁶³⁾ in einem Fall die Verlängerung der Dienstzeit eines Beamten

161) So im Erg. auch Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 13; OVG Lüneburg, VRspr. 9, Nr. 197; Bad.-Württ.VGH, VRspr. 12, Nr. 261.

162) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 352.

163) Beschl.v.31.3.1965, Nr. 64 III/65, nicht veröffentlicht, krit.besprochen bei Masson, BayVB1. 66, 376 ff.; Niedermayer, BayVB1. 68, 128;

verfügt, in dem ansonsten der Eintritt in den Ruhestand erfolgt wäre, was eine Reaktivierung ausgeschlossen hätte.

Die einstweilige Anordnung kann hier unter dem Gesichtspunkt der Abwendung irreparabler wesentlicher Nachteile für den Antragsteller zwar als "notwendig" bezeichnet werden. Jedoch steht dem das zwingende Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung des in Art. 20 GG verankerten Gewaltenteilungsprinzips entgegen. Danach ist es jeder der drei Gewalten verwehrt, in den Kernbereich der anderen überzugreifen ¹⁶⁴⁾. Eben dies geschieht aber, wenn Gerichte selbst Verwaltungsakte erlassen. Denn dies stellt die zentrale Aufgabe der Exekutive dar ¹⁶⁵⁾.

Die Abgrenzung des Kernbereichs der verschiedenen Gewalten muß auch dann erhalten bleiben, wenn dringende Bedürfnisse des Einzelnen ein Abweichen zweckmäßig erscheinen lassen. Denn die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG geht nicht dem in Art. 20 GG verankerten Gewaltenteilungsprinzip vor ¹⁶⁶⁾. Dieses besitzt vielmehr im Sinne der Rechtsstaatlichkeit und der allgemeinen Rechtssicherheit generell den bedeutenderen Wert als die noch so berechtigten Interessen des Individuums im Einzelfall. So gesehen ist es nicht lediglich ein formaler Unterschied, ob die Gerichte mit der Möglichkeit der Vollstreckung die Verwaltung zu einem bestimmten Handeln anweisen oder ob sie selbst den entsprechenden Verwaltungsakt erlassen. Die gegenteilige Meinung resultiert aus der einseitigen Betrachtung des Problems unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes, ohne in Rechnung zu stellen, daß das öffentliche Interesse an klaren Zuständigkeiten im Rahmen der staatlichen Funktionen gleichfalls die Summe von Einzelinteressen darstellt.

164) Vgl. BVerwG E 9, 280; Maunz-Dürig-Herzog, RdNr. 81 zu Art. 20.

165) Vgl. Masson, Verwaltungsakt durch einstweilige Anordnung?, BayVBl. 66, 376 ff..

166) Masson, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, BayVBl. 68, 14 ff., m.eing.w.Nachw.; gegenteiliger Auff. Czermak, DÖV 67, 673; vgl. auch VGH Kassel, NJW 67, 219.

Der Erlaß einstweiliger Anordnungen, deren Erlaß einem Verwaltungsakt gleichkommt, ist daher als unzulässig zu qualifizieren.

c) Einstweilige Anordnungen in Ermessenssachen vor
"Spruchreife"

Unter dem Gesichtspunkt der "Spruchreife" ¹⁶⁷⁾ wird der Erlaß einstweiliger Anordnungen in Ermessensangelegenheiten allgemein abgelehnt ¹⁶⁸⁾ mit der Begründung, daß das Gericht auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes die Behörde nicht zu einem bestimmten Tun verpflichten könne, wenn in der Hauptsache nur ein Bescheidungsurteil ergehen könnte. Es komme hier allenfalls eine Anordnung dahin in Betracht, daß die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch zu machen habe, die Auferlegung eines bestimmten Verhaltens aber nur dann, wenn sich die Möglichkeiten der Ermessensausübung auf eine einzige richtige Entscheidung reduziert hätten ¹⁶⁹⁾.

Bereits oben ¹⁷⁰⁾ wurde dargelegt, daß der Erlaß einstweiliger Anordnungen in Ermessenssachen weder dadurch ausgeschlossen wird, daß das Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung angeblich kein Recht im Sinne des § 123 Abs. I VwGO sei, noch dadurch, daß damit angeblich die Entscheidung in der Hauptsache irreparabel vorweggenommen werde. Fraglich ist demnach, ob eine Zwischenregelung in diesen Fällen deswegen unstatthaft ist, weil in der Hauptsache nur ein Bescheidungsurteil ergehen könnte, das die Behörde verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden - ein konkretes Verhalten der

167) vgl. BayVGh, NJW 65, 1979;

168) vgl. statt vieler Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 123, Anm. 8;

169) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 10; Quaritsch, a.a.O., S. 359 ff.; Wieseler, a.a.O., S. 202; BVerwG, DVBl. 61, 125 (126) m.zust.Anm. v. Bachof; VGh Kassel, GewArch. 61, 124 (125); OVG Lüneburg, VRspr. 15, 109 (112); BayVGh, NJW 65, 1979 (1980).

170) Vierter Teil, I 1 b;

Behörde in der Sache also nicht verlangt werden kann - und auch die einstweilige Anordnung an diese Urteilsschranke des § 113 Abs. IV S. 2 VwGO gebunden sei.

Zur Beantwortung dieser Frage ist vom Zweck der Vorschrift einerseits und vom Zweck und der Aufgabe vorläufigen Rechtsschutzes andererseits auszugehen. Die in §§ 113 Abs. IV, 114 VwGO aufgestellte Schranke der richterlichen Urteilskompetenz schützt den Ermessensbereich der Exekutive vor eigenem Ermessen des Richters; dieser soll nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Exekutive setzen¹⁷¹⁾. Der Schutzzweck der Vorschrift kann sich aber nur auf den Bereich beziehen, für den der Exekutive vom Gesetzgeber überhaupt Ermessensmacht eingeräumt ist. Davon umfaßt wird indessen nur die e n d g ü l t i g e E n t s c h e i d u n g der jeweils anstehenden Frage¹⁷²⁾. Hier soll die vom Sachverstand und den Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde getragene Entscheidung letztlich maßgeblich sein.

Scharf zu trennen von diesem Bereich e n d g ü l t i g e r unüberprüfbarer Willensentschlüsse der Verwaltung ist jedoch die v o r l ä u f i g e Gestaltung des Schwebezustandes im Prozeß. Eine Kompetenz zum Erlaß von Zwischenregelungen kommt der Behörde hier nicht zu. Diese Aufgabe übt gemäß § 123 VwGO nur der Verwaltungsrichter aus. Um so weniger kann sie ein darauf bezogenes Ermessen besitzen, das durch die einstweilige Anordnung, die nach hier vertretener Auffassung eine Rechtsentscheidung darstellt, verletzt werden könnte. Die Ermächtigung der Behörde, nach eigenem Ermessen eine endgültige Entscheidung zu treffen, wird also durch die Ermächtigung des Verwaltungsgerichtes, den Schwebezustand der Parteibeziehungen während des Prozesses einer vorläufigen Regelung zuzuführen, um die

171) Allg.M., vgl. z.B. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, RdNr. 6; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113, Anm. II; Klinger, VwGO, § 113, Anm. D 5 c; Quaritsch, a.a.O., S. 359.

172) Vgl. dazu Rohmeyer, a.a.O., S. 195.

Effektivität der Hauptsacheentscheidung zu sichern, nicht berührt. Eine automatische Begrenzung der Entscheidungsmöglichkeiten im Rahmen der einstweiligen Anordnung auf die Urteilskompetenz des Gerichtes in der Hauptsache scheidet daher mangels Identität des Gegenstandes aus.

Der Zweck des vorläufigen Rechtsschutzes erfordert vielmehr - wie Rohmeyer ¹⁷³⁾ eingehend nachgewiesen hat -, einstweilige Anordnungen auch in Ermessensangelegenheiten zuzulassen. Denn die vorläufige Regelung ist oft unentbehrlich, um dem Antragsgegner im Falle eines Bescheidungsurteils überhaupt eine neue Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu ermöglichen: Diese Möglichkeit wäre nicht mehr gegeben, wenn das Urteil mangels einer richterlichen Zwischenregelung bereits de facto überholt wäre. So in dem Falle, daß der nicht versetzte Schüler in der niedrigeren Klasse verblieben ist und nunmehr den Anschluß an die nächsthöhere Klasse nicht mehr finden kann, obgleich er evtl. im entsprechenden Zeitpunkt bei pflichtmäßiger Ausübung des Ermessens (bzw. Beurteilungsspielraumes) hätte versetzt werden müssen. Die einstweilige Anordnung in Ermessenssachen wird daher auch nicht durch die verfehlte Faustregel von der Beschränkung auf die Entscheidungsmöglichkeiten in der Hauptsache ausgeschlossen.

Das Ergebnis der grundsätzlichen Zulässigkeit von einstweiligen Anordnungen in Ermessenssachen wird gestützt durch den Vergleich mit der Regelung des § 80 Abs. V VwGO, die - wie erörtert - nur eine gesetzlich typisierte Spezialregelung des vorläufigen Rechtsschutzes darstellt: Hier gilt auch in Ermessenssachen zunächst grundsätzlich der Suspensiveffekt des § 80 Abs. I VwGO, den der Richter für den Schwebezustand des Prozesses aussetzen bzw. wiederherstellen kann, ohne damit in die Kompetenz der Verwaltung zur endgültigen Ermessensentscheidung einzugreifen.

173) a.a.O., S. 196 ff.;

2. Eingriff in den Lebensbereich am Verfahren unbeteiligter Dritter

Die einstweilige Anordnung könnte schließlich dann unzulässig sein, wenn sie den Lebensbereich am Verfahren unbeteiligter Dritter berührt. Im Zivilprozeß ist dieser Grundsatz allgemein anerkannt ¹⁷⁴⁾.

Demzufolge hat das OVG Münster ¹⁷⁵⁾ die vorläufige Erteilung einer Ausnahmegenehmigung vom Nachtbackverbot für Bäckereien abgelehnt, weil diese einstweilige Anordnung sich unzulässigerweise auf die in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auswirke. Dabei wurde nicht beachtet, daß die einstweilige Anordnung die Arbeitnehmer nicht verpflichten kann, nachts zu backen, sondern daß die Anordnung dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit gewährt, die vorläufige Ausnahmeregelung zu verwirklichen. Ob sich die Arbeitnehmer daran beteiligen, bleibt ihnen überlassen und ist eine Frage der entsprechenden Änderung der Arbeitsverträge. Dieser Erkenntnis folgend hat der VGH Mannheim ¹⁷⁶⁾ im Anschluß an die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹⁷⁷⁾ den Erlaß einstweiliger Anordnungen im Hinblick auf die sogenannten "Sachverhaltsbeteiligten" für zulässig erklärt, die im Stande sind, auf die durch die einstweilige Anordnung geregelten Verhältnisse einzuwirken und sie zu gestalten, ohne von der einstweiligen Anordnung unmittelbar verpflichtet zu werden.

Die einstweilige Anordnung wird also nicht inhaltlich dadurch begrenzt, daß sie den Lebensbereich am Verfahren unbeteiligter Dritter berührt, soweit nicht etwa dadurch eine unmittelbare Verpflichtung dieser Dritten herbeigeführt wird ¹⁷⁸⁾.

174) Vgl. Wieczorek, § 938, Anm. A III; Baumbach-Lauterbach, § 938, Anm. I C.

175) NJW 58, 1555;

176) Bad.-Württ.VBl. 61, 138 (140);

177) vgl. BVerfG E 8, 42 (46); 8, 122 (129 f.); 12, 36 (44 f.);

178) Vgl. dazu näher Wieseler, a.a.O., S. 204 f..

Zusammenfassung

Die praktische Handhabung der einstweiligen Anordnung wird durch Auslegung der aus der Zivilprozeßordnung übernommenen Formulierung des § 123 VwGO bestimmt. Dabei ergibt sich, daß die Sicherungs- und Regelungsanordnung sowie die gewohnheitsrechtlich entwickelte Leistungsanordnung in den Verwaltungsprozeß Eingang gefunden haben, der Arrest hingegen nicht übernommen wurde. Für alle Formen der einstweiligen Anordnung gilt der Grundsatz der Vorläufigkeit und der Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachteile. Der Schutzbereich des Instituts umfaßt dabei alle rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers, wozu auch das formelle Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung zählt. Irreparable Gestaltungen sind nach Möglichkeit zu vermeiden; wo sie jedoch mit oder ohne Erlaß einer einstweiligen Anordnung eintreten, ist die stets durchzuführende Abwägung des öffentlichen Interesses und des Interesses des Antragstellers ausschlaggebend für den Erlaß oder Nichterlaß einer richterlichen Maßnahme. Inhalt und Mittel der einstweiligen Anordnung bestimmen sich allein nach dem Zweck des Instituts, durch Erhaltung des status quo die Hauptsache entscheidungsfähig zu halten. Das Gericht ist dabei weder an die Urteilskompetenz in der Hauptsache noch unmittelbar an die für die Verwaltung geltenden Normen gebunden, wie auch mittelbare Auswirkungen in Lebensbereiche Dritter den Erlaß einer Zwischenmaßnahme nicht ausschließen. Ihre Grenze findet die richterliche Befugnis dort, wo durch Erlaß von Verwaltungsakten durch das Gericht selbst in den Kernbereich der Verwaltung eingegriffen wird.

FÜNFTER TEIL

I. Das Verfahren beim Erlaß einstweiliger Anordnungen

Entsprechend der verschiedenen Funktion und Zweckrichtung des vorläufigen Rechtsschutzes und der Entscheidung in der Hauptsache wird die einstweilige Anordnung in einem gegenüber dem Hauptsacheverfahren verselbständigten eigenen Verfahren erlassen. Es handelt sich dabei um ein abgekürztes Verfahren, in dem unter Abwägung der widerstreitenden Interessen die Rechtslage nur summarisch geprüft wird.

1. Das Vorgehen bei der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Anordnung

Der Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung kommt zwar nicht die Bedeutung zu wie im Hauptsacheverfahren, weil die einstweilige Anordnung nicht in Rechtskraft erwächst. Gleichwohl erscheint es zweckmäßig, zwischen Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags zu unterscheiden, um eine systematische Prüfung aller Voraussetzungen zu gewährleisten ¹⁾.

Zur Zulässigkeit zählen in diesem Sinne die Sachentscheidungsvoraussetzungen, d.h. diejenigen Kriterien, die vorliegen müssen, damit das Gericht in eine Prüfung der materiellen Tatbestandsmerkmale des § 123 VwGO eintreten kann.

1) Vgl. Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, a.a.O., S. 889 f.; auch Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 18, die zwischen Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung und Zulässigkeit des Antrags hierauf entscheiden.

Dazu gehören zunächst die deutsche Gerichtsbarkeit, die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges in bezug auf den Gegenstand der einstweiligen Anordnung, die besondere Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung in der jeweiligen Verfahrensart, die Prozeßfähigkeit des Antragstellers bzw. seines gesetzlichen Vertreters sowie das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.

Es muß die örtliche und sachliche Zuständigkeit gegeben sein. Zuständig ist gemäß § 123 Abs. II S. 1 VwGO das Gericht der Hauptsache. Unter Hauptsache ist hierbei der zu sichernde Anspruch oder das Rechtsverhältnis zu verstehen, auf das sich die vorläufige Regelung beziehen soll ²⁾. Das Gericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen ³⁾ und gegebenenfalls an das zuständige Gericht zu verweisen ⁴⁾. Dies gilt unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des - stets eilbedürftigen - vorläufigen Rechtsschutzes nicht, wenn die Hauptsache bereits bei einem Gericht anhängig ist, dem die sachliche oder örtliche Zuständigkeit fehlt. Das Gericht ist in diesem Fall gleichwohl als "tatsächliches" Gericht der Hauptsache zum Erlaß der einstweiligen Anordnung befugt und verpflichtet; es kommt nur auf die tatsächliche Anhängigkeit an ⁵⁾. In dringenden Fällen kann gemäß § 123 Abs. II S. 3 VwGO der Vorsitzende entscheiden.

Der Antragsteller muß klagebefugt sein, d.h. schlüssig darlegen, daß er Inhaber des nach § 123 Abs. I S. 1 VwGO zu sichernden Anspruchs oder Beteiligter an dem nach § 123 Abs. I S. 2 VwGO zu regelnden Rechtsverhältnis ist. Die allgemeinen Grundsätze im Verwaltungsstreitver-

2) Vgl. Klinger, § 123, Anm. C 1 a.

3) vgl. (für die ZPO) Baumbach-Lauterbach, § 919 ZPO, Anm. 1; Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 19; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 123, Anm. B III;

4) Vgl. BVerwG, NJW 57, 844, für Verweisung vom unzuständigen Revisionsgericht an das Gericht der 1. Instanz.

5) So auch BayVGh, n.F., 14, 7.

fahren sind insoweit auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung anzuwenden ⁶⁾.

Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung setzt stets einen Antrag voraus. Dieser kann durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des angerufenen Gerichtes gestellt werden (§ 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 920 Abs. III ZPO) und unterliegt, wenn er beim Bundesverwaltungsgericht anzubringen ist, nicht dem Anwaltszwang ⁷⁾. Der Antrag soll den Erlaß einer einstweiligen Anordnung verlangen und erkennen lassen, welchen Rechtsschutz der Antragsteller begehrt und in welchem Umfang er ihn erstrebt. Dabei schadet falsche Bezeichnung nicht. Bei der Auslegung des Antrags und des darin enthaltenen Begehrens sind im Rahmen der Untersuchungsmaxime des § 86 VwGO großzügige Maßstäbe anzulegen ⁸⁾. Außerdem soll der Antrag die Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs oder des streitigen Rechtsverhältnisses sowie eine "schlüssige" Darlegung der in § 123 Abs. I S. 1 und 2 VwGO erforderlichen Voraussetzungen enthalten ⁹⁾.

Das Gericht kann nach seinem pflichtmäßigen Ermessen aufgrund mündlicher Verhandlung oder ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 921 Abs. I ZPO) ¹⁰⁾. Maßgeblich für die Art der Entscheidung ist dabei die Frage, ob es notwendig erscheint, die Sach- und Rechtslage vor Erlaß einer Entscheidung mit den Parteien zu erörtern oder nicht. Die entgegenstehende Auffassung ¹¹⁾, daß einstweilige

6) Vgl. dazu OVG Hamburg, VRspr. 10, 10 (12) und Lüke, AöR 84 (1959), S. 200 ff..

7) Vgl. Klinger, VwGO, § 67, Anm. B 2 a.

8) Vgl. Rohmeyer, Urt.Anm., DVBl. 1968, 266.

9) Vgl. Klinger, § 123, Anm. C 3.

10) Vgl. Klinger, § 123, Anm. C 4, 2. Aufl.; gg. 1. Aufl., Redeker-von Oertzen, § 123, Anm. 20; 2. Aufl. gg. 1. Aufl., Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 20.

11) vgl. Penzkofer, Zum Verfahren beim Erlaß einstweiliger Anordnungen, BayVBl. 64, 287; auch Loppuch, DÖV 65, 105;

Anordnungen stets o h n e mündliche Verhandlung ergehen müßten, überzeugt nicht. Zur Begründung hierfür wird angeführt ¹²⁾, daß es gegen die Ablehnung des Antrages auf einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. IV VwGO als Rechtsmittel nur den Antrag auf mündliche Verhandlung gebe, während § 922 Abs. I ZPO - wonach das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß, mit mündlicher Verhandlung durch Urteil entscheidet - mangels Zitierung in § 123 VwGO unanwendbar sei. Bei dieser Sachlage sei aber, wenn bereits einmal mündlich verhandelt wurde, der Antrag auf (weitere) mündliche Verhandlung sinnlos, weil er lediglich zu einer Wiederholung der mündlichen Verhandlung führe mit dem einzigen Unterschied, daß im zweiten Falle durch Endurteil entschieden werde, gegen das Berufung (§ 124 VwGO), aber keine Revision zulässig sei (§ 156 VwGO). Diese formale Begründung übersieht, daß es noch unökonomischer wäre, dem Richter im Bedarfsfall die mündliche Verhandlung ganz abzuschneiden - so daß er seine Entscheidung erst nach gestelltem Antrag ggf. korrigieren könnte und müßte -, als ihm bereits beim ersten Antrag mündliche Verhandlung freizustellen und die Möglichkeit zu geben, diese besser fundierte Entscheidung nach dem Antrag auf mündliche Verhandlung aufgrund evtl. neuen Vorbringens zu überprüfen.

Es verbleibt somit gemäß §§ 123 Abs. III, 921 ZPO dabei, daß der Richter nach seinem Ermessen ohne oder aufgrund mündlicher Verhandlung entscheiden kann ¹³⁾.

Der vorherigen A n h ö r u n g des Antragsgegners im Verfahren der einstweiligen Anordnung bedarf es wegen der Eilbedürftigkeit des Verfahrens nicht unbedingt, wie sich schon aus dem Hinweis auf § 80 Abs. VII VwGO in § 123 Abs. II S. 2 VwGO ergibt. Sie hat aber zu erfolgen, soweit sie

12) Penzkofer, a.a.O., S. 287 f.;

13) Vgl. auch BVerwG, BayVBl. 69, S. 27 (28).

zur Klärung der Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung notwendig und tunlich erscheint ¹⁴⁾.

Gemäß §§ 123 Abs. III VwGO, 920 Abs. II, 294 ZPO hat der Antragsteller den Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen; nach §§ 123 Abs. III VwGO, 921 Abs. II ZPO kann jedoch auch ohne Glaubhaftmachung eine einstweilige Anordnung gegen Sicherheitsleistung erlassen werden. Mit der Verpflichtung, den Anspruch glaubhaft zu machen (§ 294 ZPO) ist indessen keine formelle Beweislast für den Antragsteller verbunden. Da der Untersuchungsgrundsatz (§ 86 VwGO) auch für das Anordnungsverfahren gilt, hat das Gericht von Amts wegen zu erforschen, ob der vom Antragsteller vorgetragene Sachverhalt mit dem wirklichen Sachverhalt übereinstimmt ¹⁵⁾. Der Tatsachenvortrag des Antragstellers muß also auch dann berücksichtigt werden, wenn dafür kein Beweismittel bezeichnet wird bzw. es an der Glaubhaftmachung fehlt ¹⁶⁾. Da hierfür die überwiegende Wahrscheinlichkeit des vorgetragenen Sachverhalts genügt ¹⁷⁾, kommt es darauf an, daß das Gericht aufgrund des Sachvortrags des Antragstellers und der von Amts wegen vorzunehmenden Erforschung des Sachverhalts (ggf. durch Beweiserhebung) den Anordnungsanspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben erachtet. Gelingt es dem Antragsteller hingegen nicht, eine bei Gericht (nach eigener Erforschung des Sachverhalts) bestehende Ungewißheit über die den Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen auszuräumen, so muß er die Folgen gegen sich gelten lassen ¹⁸⁾, d.h., der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist zurückzuweisen. Den Antragsteller trifft also die sog. "Feststel-

14) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 17; Redeker-von Oertzen, § 80, Anm. 48; VGH Kassel, VRspr. 1, 243; VGH Freiburg, VRspr. 7, 501; Kopp, Skriptum, S. 21.

15) Vgl. Quaritsch, a.a.O., S. 371; Kopp, Skriptum, S. 21; Rohmeyer, Urt.Anm., DVBl. 68, 266.

16) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 5.

17) vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 A zu § 294 ZPO;

18) vgl. BVerwG, VRspr. 10, Nr. 69; DVBl. 60, 36; NJW 60, 2114 und DVBl. 60, 678;

lungslast" ¹⁹⁾. Dies gilt auch dann, wenn in der Hauptsache den Antragsgegner die Feststellungslast trifft, z.B. wenn der Antragsteller auf Erteilung einer "gebundenen" Erlaubnis klagt ²⁰⁾. Dies ergibt sich aus dem verschiedenen Gegenstand und Zweck von Anordnungs- und Hauptsacheverfahren: Die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung (Gefährdung eines Rechts, wesentlicher Nachteil, Notwendigkeit etc.) sind nicht identisch mit den materiellen Voraussetzungen des im Hauptverfahren streitigen Rechts. Dementsprechend geht die Ungewißheit über das Vorliegen der selbständigen tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich zu Lasten des Antragstellers.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allerdings bei der Interessenabwägung zu machen, soweit ein überwiegendes öffentliches Interesse in Betracht steht. Denn regelmäßig ist der Antragsgegner selbst zum Vertreter der geltend gemachten öffentlichen Interessen bestellt, steht also ihren Bedingungen am nächsten und kann am besten die dafür ausschlaggebenden Tatsachen vortragen. Daraus rechtfertigt es sich - in Anwendung des etwa in § 282 BGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedankens - dem Antragsgegner die Feststellungslast aufzubürden, wenn nicht geklärt werden kann, ob der vorläufige Rechtsschutz durch ein überwiegendes öffentliches Interesse ausgeschlossen wird ²¹⁾.

Der verfahrensrechtlich ordnungsgemäß gestellte und in seinen tatsächlichen Voraussetzungen glaubhaft gemachte ²²⁾

Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist b e -

19) Vgl. dazu Rosenberg, Lb., § 114 I 3 a; Kopp, Skriptum, S. 13.

20) Vgl. BVerwG E 5, 31 (34).

21) Ebenso im Erg. Quaritsch, a.a.O., S. 372.

22) Die Glaubhaftmachung zählt nach hier vertretener Auffassung zu den Kriterien, die gegeben sein müssen, b e - v o r das Gericht in die Begründetheitsprüfung eintreten kann; a.A. offenbar Quaritsch, a.a.O., S. 368. Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß im Rahmen der Untersuchungsmaxime das Gericht gegebenenfalls Beweis erheben muß und nur zurückweisen darf, wenn auch danach die vorgetragenen Tatsachen nicht glaubhaft erscheinen - vgl. Kopp, Skriptum, S. 13 m.w.Nachw..

g r ü n d e t , wenn die materiellen Tatbestandsmerkmale des § 123 VwGO ²³⁾ vorliegen.

2. Form der Entscheidung

Unter den In § 123 Abs. III VwGO für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der Zivilprozeßordnung befindet sich auch § 921 ZPO, wonach die Entscheidung über das Anordnungsgesuch - wie oben ²⁴⁾ erörtert - ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Aus der Tatsache der nicht notwendigen mündlichen Verhandlung folgt nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts, daß die Entscheidung nicht durch Urteil, sondern stets durch Beschluß zu erfolgen hat ²⁵⁾. Die ZPO enthält von diesem Grundsatz in § 922 Abs. I eine Abweichung, wonach in den Fällen, in denen vom Gericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, die Entscheidung in Form des Urteils ergeht. In der Aufzählung des § 123 Abs. III VwGO fehlt aber diese Vorschrift.

Daraus wird teilweise geschlossen, es handle sich bei der Nichtaufnahme des § 922 ZPO in den Verweisungskatalog um ein Redaktionsversehen, weil es dem Wesen eines *E i l - v e r f a h r e n s* zur schnellen vorläufigen Sicherung von Rechten widerspreche, daß bei einer aufgrund mündlicher Verhandlung vom Verwaltungsgericht durch Beschluß erlassenen einstweiligen Anordnung zunächst gemäß § 123 Abs. IV VwGO Antrag auf eine abermalige mündliche Verhandlung gestellt werden müsse, ehe nach Erlaß des nunmehr vorgeschriebenen Urteils die Berufung offenstehe ²⁶⁾.

23) siehe oben, Vierter Teil;

24) Fünfter Teil, I 4;

25) Vgl. z.B. Rosenberg, Lb., § 54 III; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Übersicht I A vor § 300; Eyermann-Fröhler, § 101, RdNr. 8.

26) So Redeker-von Oertzen, Anm. 20 zu § 123; BayVGH, BayVB1. 66, 207.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr mit dem Bundesverwaltungsgericht ²⁷⁾ davon auszugehen, daß es sich bei der Nichtaufnahme des § 922 ZPO in den Katalog des § 123 Abs. III VwGO nicht um ein Redaktionsversehen handelt, sondern daß § 123 Abs. IV VwGO die Unanwendbarkeit des § 922 ZPO gerade voraussetzt, wenn diese Bestimmung den dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eigenen Rechtsbehelf des Antrags auf mündliche Verhandlung "gegen die einstweilige Anordnung" schlechthin zuläßt. Da gegenüber einem Urteil der Antrag auf mündliche Verhandlung nicht in Betracht kommt - hiergegen wäre nur Berufung oder Revision statthaft -, muß die uneingeschränkte Zulassung des Antrages auf mündliche Verhandlung notwendig davon ausgehen, daß die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß nicht als Urteil, sondern nur als Beschluß zu erlassen ist. Daß eine wiederholte mündliche Verhandlung (§§ 924, 925 ZPO) nicht etwa sinnloser ist als die Auffassung, die dem Richter bei erstmaliger Behandlung des Anordnungsgesuches die mündliche Verhandlung ganz abschneiden will ²⁸⁾, wurde bereits erörtert. Es greifen auch die im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit des Verfahrens erhobenen Bedenken nicht durch, denn der Antrag auf mündliche Verhandlung als Rechtsbehelf des durch die Anordnung beschwerten Antragsgegners entfaltet weder einen Suspensiveffekt noch hemmt er die sofortige Vollziehbarkeit der Anordnung ²⁹⁾, steht also einem wirkamen und schnellen Rechtsschutz des Antragstellers nicht entgegen.

Über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist daher stets durch Beschluß zu entscheiden ³⁰⁾.

27) BayVBl. 1969, 27 (28);

28) oben, Fünfter Teil, I 4;

29) vgl. BVerwG, BayVBl. 69, 27 (28); VGH Freiburg, VRspr. 7, 508;

30) So im Erg. auch Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 21; OVG Hamburg, DÖV 64, 564.

II. Abänderung der einstweiligen Anordnung

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Gericht dem Antragsteller auf Antrag des Gegners aufzugeben, binnen bestimmter Frist Klage zu erheben (§ 926 Abs. I ZPO). Wird dem nicht Folge geleistet, so ist die einstweilige Anordnung auf Antrag aufzuheben (§ 926 Abs. II ZPO), jedoch nicht - wie § 926 Abs. II ZPO vorschreibt - durch Endurteil, sondern durch Beschluß, nachdem § 922 mangels Erwähnung in § 123 Abs. III VwGO im Rahmen des Verwaltungsprozesses unanwendbar ist ³¹⁾.

Aus der Tatsache, daß § 927 ZPO in § 123 Abs. III VwGO nicht erwähnt wird, wird teilweise ³²⁾ geschlossen, daß eine Änderung bzw. Aufhebung der einstweiligen Anordnung wegen veränderter Sach- und Rechtslage nicht zulässig ist.

Diese Auffassung kann sich zwar auf den Wortlaut des § 123 Abs. III VwGO stützen, begegnet aber im Hinblick auf den Sinn und Zweck des vorläufigen Rechtsschutzes im Rahmen der einstweiligen Anordnung erheblichen Bedenken. Dessen Aufgabe besteht - wie bereits mehrfach dargelegt - darin, den status quo zu erhalten, damit die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch faktische Ereignisse außerhalb des Prozesses gegenstandslos wird. Ändert sich nun die Sach- oder Rechtslage nach Erlaß einer einstweiligen Anordnung, so ist dieser im Hinblick auf ihre Zweckbestimmung u.U. die Grundlage entzogen oder sie kann nicht mehr ihrer Sicherungsaufgabe gerecht werden, oder das Sicherungsbedürfnis kann ganz entfallen sein. In diesen Fällen besteht ein dringendes Bedürfnis, die vorläufige Regelung den jeweiligen Umständen anzupassen. Dafür spricht auch die Tatsache, daß § 939 ZPO - Aufhebung der einstweiligen Anordnung gegen Sicherheitsleistung - in § 123 Abs. III VwGO

31) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 23.

32) vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 27; Schunck-De Clerck, § 123, Anm. 4 a ff.; Rambeck, NJW 61, 1376;

aufgenommen ist und daß im Rahmen des § 80 Abs. VI VwGO - einer Spezialregelung vorläufigen Rechtsschutzes - die Beschlüsse nach § 80 Abs. V VwGO jederzeit aufgehoben und geändert werden können.

Eine Änderung bzw. Aufhebung der einstweiligen Anordnung ist daher bei Änderung der Sach- und Rechtslage in analoger Anwendung der §§ 927 ZPO, 80 Abs. VI VwGO für zulässig zu erachten ³³⁾.

III. Vollstreckung

Die einstweilige Anordnung ist gemäß § 168 Abs. I Nr. 2 VwGO ein Vollstreckungstitel. Die Vollstreckung erfolgt, wenn eine Leistung oder Handlung der Behörde angeordnet wurde durch Zwangsgeld gemäß § 172 VwGO, ansonsten nach den Grundsätzen über die Vollstreckung eines Unterlassungsurteils ³⁴⁾, im übrigen nach §§ 929 ff. ZPO ³⁵⁾.

Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung richtet sich nach §§ 123 Abs. IV VwGO, 924 Abs. III ZPO.

IV. Rechtsbehelfe

Gegen die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung - auch gegen die teilweise ³⁶⁾ - und gegen die Aufhebung der einstweiligen Anordnung ist die Beschwerde gemäß

³³⁾ So auch Redeker-von Oertzen, § 123, Anm. 29.

³⁴⁾ vgl. Redeker-von Oertzen, § 123, Anm. 23;

³⁵⁾ Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 24.

³⁶⁾ die z.B. in der Anordnung einer Sicherheitsleistung liegt, § 921, Abs. II ZPO; vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 D zu § 921;

§ 146 VwGO eröffnet, sofern sie nicht vom Oberverwaltungsgericht erlassen wurde (§ 152 Abs. I VwGO) ³⁷⁾.

Wird dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung stattgegeben, so kann der Antragsgegner - auch wenn die Anordnung aufgrund (freigestellter) mündlicher Verhandlung ergangen ist - nur gemäß § 123 Abs. IV VwGO, §§ 924, 925 ZPO Antrag auf mündliche Verhandlung stellen, der nicht fristgebunden ist. Für die Form des Antrags nach § 924 Abs. II S. 3 ZPO gilt die Vorschrift des § 81 Abs. I VwGO entsprechend ³⁸⁾. Diese Regelung ist - auch wenn die einstweilige Anordnung bereits aufgrund einer mündlichen Verhandlung erging - sinnvoll. Außer den dafür bereits angeführten Gründen vermeidet sie den Zeitverlust, der eintreten würde, wenn das Berufungsgericht sich erst in die Sache einarbeiten müßte. Weiterhin besteht so die Möglichkeit, in der gleichen Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, die in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden könnten ³⁹⁾.

Die Entscheidung über den Antrag auf mündliche Verhandlung erfolgt gemäß § 123 Abs. IV VwGO, § 925 Abs. I VwGO durch Urteil. Hiergegen ist gemäß § 124 VwGO die Berufung, nicht aber die Revision zulässig (§ 136 VwGO) ⁴⁰⁾.

Die mündliche Verhandlung (§ 123 Abs. IV VwGO) über eine vom Beschwerdegericht erlassene einstweilige Anordnung ist vom Erstgericht durchzuführen ⁴¹⁾. Das Erstgericht ist in diesem Falle befugt, die Entscheidung des höheren Gerichts aufzuheben.

37) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 26.

38) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 25.

39) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 25.

40) Vgl. dazu aber BVerwG, BayVB1. 69, 27 ff., wo die Revision für zulässig erachtet wurde, weil eine verfahrensrechtlich inkorrekte Entscheidung - Urteil bereits bei erstmaligem Erlaß der einstweiligen Anordnung - ergangen war.

41) Vgl. BayVGh, BayVB1. 66, 139; VGh Kassel, NJW 67, 75.

Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden ist gemäß § 123 Abs. II i.V.m. § 80 Abs. VII VwGO als Rechtsbehelf der Antrag auf Entscheidung des Gerichts gegeben, der innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe einzulegen ist.

V. Schadensersatz

Gemäß §§ 123 Abs. III VwGO, 945 ZPO hat der Antragsteller dem Antragsgegner den Schaden, der durch Vollziehung, Sicherheitsleistung oder freiwillige Leistung zur Abwehr der Vollziehung der angeordneten Maßnahme entstanden ist, zu ersetzen, wenn durch rechtskräftiges Urteil in der Hauptsache oder durch Inzidentfeststellung im Schadensersatzprozeß (- in beiden Fällen, selbst wenn die Anordnung bestätigt wurde -) oder durch Aufhebung der Anordnung festgestellt wird, daß sie von Anfang an oder ab bzw. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ungerechtfertigt war.

Die Schadensersatzregelung des § 945 ZPO beinhaltet einen Gefährdungshaftungstatbestand, denn die Rechtsordnung verlangt allgemein von demjenigen, dem sie die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Titel gestattet, zum Ausgleich für diese Vergünstigung die Übernahme des Schadensrisikos ⁴²⁾. Dieser Rechtsgedanke kommt außer in § 945 ZPO etwa in §§ 378 AO i.V.m. 945 ZPO sowie in §§ 302 Abs. IV, 600 Abs. II, 717 Abs. II und 1042 c Abs. II ZPO zum Ausdruck, die (mit Einschränkungen) ⁴³⁾ gemäß §§ 167 bzw. 173 VwGO im Verwaltungsprozeß entsprechende Anwendung finden. Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO ist demnach nur, daß die ungerechtfertigte Anordnung vom Gläubiger vollzogen wurde oder der Schuldner zur Aufhebung oder Abwendung der Vollziehung Sicherheit geleistet hat und dem Schuldner dadurch ein Schaden entstanden ist. Ob

42) BGH, DVBl. 62, 217 (218).

43) vgl. dazu Eyermann-Fröhler, § 173, RdNr. 4;

der Antragsteller die Unrechtmäßigkeit kannte oder ob ihm sonst ein Verschulden trifft, ist ohne Belang.

Für die Frage, ob die Anordnung ungerechtfertigt war, ist deren prozessuales Schicksal nicht entscheidend. Maßgeblich ist nur, ob die Voraussetzungen im Zeitpunkt ihres Erlasses vorlagen, zu beurteilen nach dem Sachverhalt bei Schluß der mündlichen Verhandlung im Schadensersatzprozeß ⁴⁴⁾. Das Gericht im Ersatzprozeß ist bei dieser Prüfung frei, soweit weder im Hauptsacheprozeß über den Anspruch noch im Anordnungsverfahren über die Rechtmäßigkeit der Anordnung eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist. Auch ein Vergleich, in dem der Gläubiger die Unrechtmäßigkeit der Anordnung anerkannt hat, bindet das Gericht nicht ⁴⁵⁾.

Im übrigen bestehen folgende Bindungen an die Rechtskraft: Ist das Bestehen oder Nichtbestehen des Anordnungsanspruches im **H a u p t s a c h e p r o z e ß** rechtskräftig festgestellt, so ist das Gericht insoweit gebunden, während es hinsichtlich des Anordnungsgrundes frei bleibt. Wurde die Anordnung deshalb aufgehoben, weil zur Zeit ihres Erlasses eine Voraussetzung fehlte, so ist damit rechtskräftig festgestellt, daß die Anordnung von Anfang an ungerechtfertigt war ⁴⁶⁾.

Bei der Prüfung des Schadens und der Kausalität der ungerechtfertigten Anordnung bleibt das Gericht in jedem Falle frei; beides fehlt, wenn eine auf Unterlassung lautende Anordnung vollzogen und später aufgehoben wurde, der Antragsgegner aber gleichwohl materiell-rechtlich zur Unterlassung verpflichtet war ⁴⁷⁾. Wurde die Anordnung rechtskräftig bestätigt, ist der Anordnungsgrund bindend festgestellt, nicht hingegen der zu sichernde Anspruch ⁴⁸⁾. Ob er zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Anordnung bestand,

44) OLG Düsseldorf, MDR 61, 606.

45) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 945, Anm. 2.

46) RG 143, 120.

47) BGH 15, 356.

48) Vgl. OLG Hamburg, MDR 56, 304; RGZ 67, 365.

hat das Gericht frei zu prüfen ⁴⁹⁾. An die Aufhebung nach §§ 926 Abs. II, 927 ZPO, 123 Abs. III VwGO ist das Gericht im Ersatzprozeß gebunden. Die Rechtmäßigkeit der Anordnung und das Bestehen des Hauptanspruches sind hier ohne Belang.

Der Schadensersatzanspruch ist in einem eigenen Verfahren geltend zu machen. Wenn der Anspruch auf zivilrechtliche Vorschriften gestützt wird, sind dafür die Zivilgerichte zuständig, falls der Ersatzanspruch dem öffentlichen Recht angehört, die Verwaltungsgerichte ⁵⁰⁾.

Der Umfang der Ersatzpflicht richtet sich nach §§ 249 ff. und § 254 ⁵¹⁾ BGB.

Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich nur der Antragsgegner. Jedoch muß der Antragsteller einem beigeladenen Dritten - jedenfalls in den Fällen notwendiger Beiladung - auch den diesem entstandenen Schaden ersetzen. Die entgegenstehende Entscheidung des Bundesgerichtshofes ⁵²⁾ kann nicht überzeugen. Hier wurde darauf abgestellt, daß der Beigeladene nur "Drittbeteiligter", nicht "Gegner" im Sinne des § 945 ZPO sei und der Antragsteller nicht mit einem Schadensrisiko belastet werden könne, dessen er - wegen der Möglichkeit der Beiladung von Amts wegen - sich vorher nicht zu versehen brauchte ⁵³⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß in dem entschiedenen Falle der öffentlich-rechtlichen Nachbarlage ein Fall notwendiger Beiladung gemäß § 65 Abs. II VwGO vorlag sowie der Grundsatz nicht berücksichtigt wurde, daß es sich bei § 945 ZPO um einen Gefährdungshafttatbestand

49) Vgl. Rosenberg, Lb., § 213 IV 1 a.

50) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 123, RdNr. 24, § 40, RdNr. 5 und 47; für ausschließliche Zuständigkeit der Zivilgerichte Redeker-von Oertzen, § 123, Anm. 35; Schunck-De Clerck, § 123, Anm. 4 d; BGH, DVBl. 62, 218.

51) vgl. BGH BB 66, 267;

52) DVBl. 62, 217 ff.;

53) Zustimmend zu dieser Entscheidung S e l l m a n n , DVBl. 63, 273 (283); NJW 64, 1545 (1549); L a m - b e r g , NJW 63, 2154 (2156); ablehnend Redeker, DVBl. 62, 218.

handelt ⁵⁴⁾. Wenn sich also die Anordnung gegen einen Drittbeteiligten richtet und diesem dadurch ein Schaden entsteht, so ist auch dieser vom Antragsteller nach §§ 945 ZPO, 123 Abs. III VwGO zu ersetzen.

In den Fällen, in denen eine einstweilige Anordnung wegen (zu Recht bzw. zu Unrecht angenommenen) überwiegenden öffentlichen Interesses unterblieben ist, stehen dem Antragsteller die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche zur Verfügung, wie der Aufopferungsanspruch, die Amtshaftung, die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung sowie der Folgenbeseitigungsanspruch ⁵⁵⁾.

54) Vgl. Wieseler, a.a.O., S. 249.

55) Vgl. dazu eingehend Wieseler, a.a.O., S. 255 ff..

Schlußbemerkung

Angesichts der großen Aufgaben, die im Bereich des öffentlichen Rechts zu lösen sind - man denke nur an die Zusammenfassung der Erkenntnisse des allgemeinen Verwaltungsrechtes in einem Verwaltungsverfahrensgesetz -, erscheint die Beschäftigung mit der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß nicht als Problem allerersten Ranges. Gleichwohl verdient dieses Rechtsinstitut im Zeichen zunehmender Spezialisierung - auch auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft - besondere Aufmerksamkeit. Die rechtliche Erfassung der einstweiligen Anordnung ist vor allem im Hinblick auf ihre "Grenzlage" zwischen Rechtsprechung und Verwaltung von erheblicher Bedeutung. Einerseits gilt es, ihr als unentbehrlichem Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung einen festen Platz gegenüber den an Macht- und Zweckmäßigkeitserwägungen orientierten Forderungen der Exekutive zuzuweisen, andererseits aber eine "Justizialisierung" des staatlichen Lebens zu vermeiden, die die Effektivität der gestaltenden Verwaltung zum Schaden der Gesamtheit der Bürger lähmen würde. Unter diesem Gesichtspunkt lohnt es sich, unter Zugrundelegung der Wertentscheidungen der Verfassung und unter Abwägung der Einzelfallgerechtigkeit einerseits und der Rechtssicherheit andererseits die Möglichkeiten und Grenzen dieses Prozeßinstituts zu untersuchen. Ziel und Zweck der vorstehenden Erörterungen war es in diesem Sinne, unter Besinnung auf die Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß einen Beitrag für ihre Handhabung in der Praxis zu liefern.

L E B E N S L A U F

Am 26. Oktober 1941 wurde ich als erstes von drei Kindern des Forstdirektors Eduard Boos und seiner Ehefrau Irma, geb. Samer, in Füssen, Allgäu geboren. Im Herbst 1947 trat ich in die Volksschule Landsberg ein, anschließend besuchte ich die dortige Oberrealschule. Nach dem Abitur im Jahre 1961 studierte ich 8 Semester Rechte an der Universität München. Am 13.12.1965 bestand ich die erste, am 17.4.1969 die zweite juristische Staatsprüfung, beide in München. Anschließend wurde ich in den Verwaltungsdienst des Freistaats Bayern übernommen und gleichzeitig an das Bundesministerium des Innern als Austauschbeamter abgeordnet. Hier bin ich seither tätig.

Bonn, den 12.7.1970

Hubert Boos

